

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Eraõiguse osakond

Rety Estorn

**PALGATINGIMUSED SOTSIAALSE HORISONTAALSE KAALUTLUSENA
RIIGIHANKEMENETLUSES JA HANKELEPINGU ERITINGIMUSTES**

Magistritöö

Juhendaja

dr. iur. Mari Ann Simovart

Tallinn

2017

Sisukord

Sissejuhatus.....	3
1. Kaalutlusõiguse piirid palgatingimuste seadmisel.....	8
1.1. Sotsiaalsed horisontaalsed kaalutlused riigihankeõiguses	8
1.2. Palgatingimused sotsiaalse kaalutlusena riigihankeõiguses.....	13
1.3. Euroopa Liidu õiguse aluspõhimõtetest tulenevad kaalutlusõiguse piirangud	17
1.4. Palgatingimuste kooskõla riigihanke üldpõhimõtetega.....	23
2. Palgatingimused hankemenetluses ja hankelepingu eritingimustes	28
2.1. Palgatingimuste seadmine hankemenetluses.....	28
2.1.1. Palgatingimuste seadmine tehnilises kirjelduses	28
2.1.2. Palgatingimuste seadmine kvalifitseerimise tingimusena.....	32
2.1.3. Palgatingimused hindamiskriteeriumina pakkumuste hindamise etapis.....	36
2.2. Pakkumuste maksumuse põhjendatuse kontroll.....	45
2.3. Palgatingimused hankelepingu eritingimusena	52
Kokkuvõte	58
Summary	62
Lühendid	66
Kasutatud allikad	67
Kasutatud kirjandus.....	67
Kasutatud õigusaktid	69
Kasutatud kohtupraktika	70
Muud allikad	71

Sissejuhatus

Riigihankemenetluse regulatsioon Euroopa Liidus (EL) on mitmemõõteline. Ühelt poolt tagab see Euroopa Liidu toimimise lepingust¹ (ELTL) tulenevate Euroopa Liidu õiguse üldpõhimõtete kohaldamise. Teiselt poolt on riigihangete õigus valdkonna poliitikate elluviimise vahend nii Euroopa Liidu kui ka liikmesriikide tasandil. Tasakaalupunkti leidmine Euroopa Liidu õiguse üldpõhimõtete ja poliitiliste eesmärkide vahel on aga keeruline.² Rakendamisprobleemide tõsidusest annab tugevalt märku ka sellekohane Euroopa Kohtu (EK) praktika.³

2014. a jõustunud riigihankedirektiivid⁴ pidid liikmesriikide õigusesse olema üle võetud 18. juunil 2016. Eestis võetakse direktiivid üle uue riigihangete seadusega, mille eelnõu (204 SE) on algatatud 4. aprillil 2016⁵, aga uus riigihangete seadus on seni vastu võtmata. See tähendab ühtlasi, et hankedirektiivid on nõuetekohaselt Eesti õigusesse üle võtmata. Eelnevast tulenevalt on käesoleva magistritöö valmimise hetkel seega endiselt Riigikogu XIII koosseisu menetluses Riigihangete seaduse eelnõu (204 SE).

Riigihangetel tuleb üha enam arvestada keskkonnahoidlikkuse, sotsiaalsete kaalutluste ja innovatsiooni rakendamisega, mida erialases kirjanduses sageli nimetatakse horisontaalseteks, kaasnevateks või teisesteks poliitikateks.⁶ Kuigi horisontaalsete eesmärkide küsimusele pööratakse riigihangete seaduse eelnõu seletuskirjas teatud määral tähelepanu ja rõhutatakse

¹ Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioonid. – ELT C 326, lk 1-390.

² Arrowsmith, S., Kunzlik, P. (Eds). *Social and Environmental Policies in Public Procurement Law*. New York: Cambridge University Press 2009, lk 10.

³ EKo 20.09.1988, C-31/87, *Beentjes vs. Madalmaad (Beentjes)*; EKo 10.05.2012, C-368/10, *komisjon vs. Madalmaad (Dutch Coffee)*; EKo 11.12.2007, C-438/05, *Viking Line*; EKo 18.09.2014, C-549/13, *Bundesdruckerei jt*.

⁴ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. – ELT L 94, lk 65-242. (edaspidi „hankedirektiiv“);

Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, 26. veebruar 2014, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ. – ELT L 94, lk 243-374 (edaspidi „võrgustikudirektiiv“);

Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL, 26. veebruar 2014, kontsessioonilepingute sõlmimise kohta. – ELT L 94, lk 1-64. (edaspidi „kontsessiooni direktiiv“). Koos viidatud kui „hankedirektiividele”. Võrdväärse regulatsiooni korral viidatakse üldjuhul hankedirektiivi regulatsioonile.

⁵ Riigihangete seaduse eelnõu 204 SE ja seletuskiri. Arvutivõrgus: <http://eelnoud.valitsus.ee/main#bKNd0oKe> ; <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ecbd5b61-734c-41b1-bff5-a54f285bce53/Riigihangete%20seadus> (01.05.2017).

⁶ Seletuskiri 4. aprilli 2016. a riigihangete seaduse eelnõu juurde, lk 18 (edaspidi „seletuskiri“). Riigihangete seaduse eelnõu 204 SE ja seletuskiri. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ecbd5b61-734c-41b1-bff5-a54f285bce53/Riigihangete%20seadus> (01.05.2017).

ka EL-i riigihankedirektiivide selget suundumust majanduslikult soodsamale ja hankija spetsiifilistele nõuetele vastavale pakkumusele, jääb horisontaalsete eesmärkide rakendamise kontekstis kõlama siiski madalaima hinna kriteeriumi prioriteetsus ning endiselt kardetakse konkurentsi vähesust horisontaalsete eesmärkide rakendamisel.⁷

Horisontaalsete eesmärkide aspekte on Eesti õiguskirjanduses vähesel määral käsitletud ka varem, kuid mitte sellises valguses nagu käesolevas magistritöös seda tehakse. Horisontaalsete eesmärkide rakendamisest on näiteks kirjutanud *dr. iur.* M. A. Simovart oma doktoritöös, kus käsitles horisontaalsete eesmärkide rakendamise võimalust lepingu eritingimustes, juhtides tähelepanu sellest tulenevale hankelepingu erinevusele eraõiguslikust lepingust.⁸ Samuti jõudis autor doktoritöös järeldusele, et seaduses peaks sisalduma eritingimuste definitsioon. Doktoritöö kaitsmisele eelnevalt avaldas M. A. Simovart *Juridicas* artikli horisontaalsete eesmärkide rakendamisest soolise võrdõiguslikkuse näitel.⁹ Seevastu keskkonnakaitselisi eesmärke riigihankemenetluse pakkumuste hindamise staadiumis on käsitlenud P. Lember oma magistritöös.¹⁰ Rohkem teaduskirjandust sotsiaalsete horisontaalsete eesmärkide uurimisele Eestis pühendatud ei ole. Palgatingimuste kui sotsiaalsete kaalutluste rakendamise võimalusi riigihankemenetluse erinevates etappides ja hankelepingus varem Eestis lähemalt uuritud ei ole.¹¹

Eelnevalt kirjeldatud ebaselguse lahendamiseks on käesoleva töö eesmärgiks hinnata palgatingimuste kui sotsiaalsete kaalutluste rakendamise võimalusi riigihankemenetluse erinevates etappides ja hankelepingus, võttes arvesse Euroopa Liidu õigusest tulenevaid piiranguid ning keskenduses eelkõige küsimusele, kas ja millises etapis on kooskõlas Euroopa Liidu õigusega võimalik miinimumpalga või sellest kõrgema palga tingimuste kehtestamine. Lähtuvalt uue riigihangete seaduse eelnõust (SE 204) on töö alameesmärk selgitada välja erinevad võimalused kehtestada riigihangete regulatsioonis kõrgendatud palgatingimused ning

⁷ Seletuskiri, lk 20.

⁸ Simovart, M. A. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankedõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Tartu: Tartu Ülikooli kirjastus 2010. Doktoritöös on kasutusel mõiste „sekundaarsed“ eesmärgid. Mõistest „sekundaarsed“ on loobutud, sest see võib viidata nende eesmärkide väiksemale tähtsusele, mis kindlasti ei ole alati õige. Vt. Arrowsmith, S. Kuznik, P. (Eds), lk 14.

⁹ Simovart, M. A. Riigihanke sekundaarsete eesmärkide rakendamise võimalusest Eestis. Soolise võrdõiguslikkuse näide. – *Juridica* 2009/3, lk 239-247.

¹⁰ Lember, P. Keskkonnakaitselised horisontaalsed eesmärgid riigihankemenetluse pakkumuste hindamise staadiumis. Magistritöö. Tallinn: Tartu Ülikooli õigusteaduskond 2013. Lember, P. Horisontaalsed eesmärgid ja hankelepingu esemega mitteseotud hindamiskriteeriumid riigihankemenetluses – *Juridica* 2013/10, lk 635-647.

¹¹ Magistritöö valmimise ajal on ilmunud Rahandusministeeriumi tellitud analüüs „Keskmise palga nõue riigihangetes“ (Koostanud vandeadvokaat Priit Lätt ja advokaat Erki Fels, 23.11.2016).

viisid neid riigihankemenetluses kohaldada. Autor lähtub avatud hankemenetlusest kui enim kasutatavast hankemenetluse liigist Eestis.¹²

Käesolev magistritöö käsitleb ka riigihangete seaduse eelnõu käigus Eesti Kaubandus- ja Tööstuskoja tehtud järgnevale ettepanekut: „*[e]hitustööde riigihangete puhul on vajalik töövõtuahelas osalevate isikute maksukuulekuse tõstmiseks ja alapakkumiste vältimiseks viia Eelnõusse sisse nõue, et allhankija töötajate töötasud oleksid vähemalt 70% vastava sektori keskmisest*”.¹³ Ettepanek on tehtud põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste reguleerimiseks. Seevastu palgatingimuste sätestamine seondub sotsiaalsete horisontaalsete eesmärkidega üldisemalt, arvestades samuti ettepanekus toodud meetme eemärke ning eelnõus käsitletud probleematikat.

Palgatingimuste nõue võib tähendada nõuet maksta töötajatele miinimumtasu, kollektiivlepingust tulenevat tasu või n-ö õiglast tasu. Selline nõue võib tuleneda seadusest või olla kehtestatud hankija poolt. Sotsiaalsetest aspektidest on just palgatingimuste, eelkõige töötasu alammäära, küsimus jõudnud mitmel korral arutamisele ka Euroopa Kohtus, kus õiguslikuks küsimuseks on selliste tingimuste kooskõla Euroopa Liidu õiguse aluspõhimõtete ja riigihanke üldpõhimõtetega. Nii näiteks tegi Euroopa Kohus 2015. a lõpus olulise lahendi¹⁴, milles käsitles liikmesriikide kaalutlusõigust sotsiaalsete eesmärkide rakendamisel. Ka viidatud lahendi valguses on palgatingimuste meetmete rakendamise võimalus liikmesriikide tasemel siiski endiselt ebaselge.

Riigihangete seaduse eelnõu seletuskirjas tõstatatud küsimustele vastamiseks on vajalik seega analüüsida palgatingimuste kui sotsiaalsete horisontaalsete eesmärkide rakendamisele kohalduvaid kaalutlusõiguse piiranguid hankemenetluses, lähtudes uutest kehtivatest direktiividest.

Uurimisprobleem seondub ka põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste temaatikaga, mida ei saa käesoleva magistritöö käsitlusest välja jätta. Kehtivad hankedirektiivid toovad esile, et seadustest, kollektiivsetest lepingutest ja rahvusvahelisest õigusest tulenevate kohustuste rikkumisel saavutatud pakkumuse hind on põhjendamatult madal, milles tulenevalt kehtib kohustus selline pakkumus tagasi lükata. Seda analüüsitakse töös vaid põhjendatud ulatuses, lähtudes hankedirektiivides ja riigihangete seaduse eelnõus sätestatud uuest

¹² Rahandusministeerium. 2016. aasta riigihangete kokkuvõte. Arvutivõrgus - https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216043&folderId=518320&name=DLFE-38701.pdf (01.05.2017).

¹³ Seletuskiri 4. aprilli 2016. a riigihangete seaduse eelnõu juurde, Lisa 2. Kooskõlastustabel, lk 74-75.

¹⁴ EKo 17.11.2015, C-115/14, *RegioPost*.

kohustusliku kõrvaldamise alusest olukorras, kus on eiratud sotsiaal- või tööõiguse valdkonda reguleerivaid sätteid. Põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse käsitlemine on jätkuvalt aktuaalne, kuigi seda teemat on hiljuti käsitlenud Juridica artiklites T. Väljaots¹⁵ ja K. Matteus¹⁶ ning A. Knjazev magistritöös¹⁷. Viidatud allikad keskendusid peamiselt põhjendamatult madala pakkumuse instituudi uurimisele üldisemalt.

Magistritöö esimeses peatükis käsitleb autor kaalutusõiguse piire palgatingimuste seadmisel. Selles peatükis tuleb arutluse alla sotsiaalsed horisontaalsed eesmärgid ning palgatingimuste koht riigihankeõiguses. Samuti käsitleb autor esimeses peatükis Euroopa Liidu siseturu reegleid ja ELTL-ist tulenevaid riigihanke üldpõhimõtteid. See seab raamid palgatingimuste kehtestamise võimalustele. Magistritöö teises peatükis analüüsitakse esimese peatüki käsitlemisele tuginedes palgatingimuste seadmise võimalusi riigihankemenetluse erinevates etappides ning hankelepingu eritingimustes.

Kuivõrd hankedirektiivid on Eestis vastu võtmata ja arutelud veel jätkuvad, on asjakohane lähtuda direktiivides sätestatust. Samuti on direktiivid osaliselt otsekohalduvad, kuivõrd direktiivid on tähtaegselt üle võtmata.¹⁸ Euroopa Kohus on kinnitanud, et teatud riigihankedirektiivide sätted on otsekohalduvad, sealhulgas näiteks pakkumuste hindamise ja põhjendamatult madala pakkumuse regulatsioon. Kohustused, mille osas liikmesriigil on võimalus meetmeid valida, ei ole otsekohalduvad. See lähtub Euroopa Kohtu poolt osutatust¹⁹, et direktiivi üle võtmata jätmisel (või ebakorrektsel ülevõtmisel) saab isik otse tugineda (*direct effect*) direktiivi sättele, kui säte on piisavalt selge ja ühemõtteline, sisaldab tingimusteta kohustust ja sätestab isikule õigusi.²⁰

Magistritöö analüüsis lähtutakse riigihangete seaduse eelnõus ettenähtust, sest sellega võetakse riigihankedirektiivid Eesti õigusesse üle ning eelduslikult võetakse seadus sellisel

¹⁵ Väljaots, T. Põhjendamatult madalad pakkumused riigihankeõiguses. – Juridica 2013/9.

¹⁶ Matteus, K. Põhjendamatult madala maksumusega pakkumus. Kohtupraktika analüüs. – Juridica 2016/1.

¹⁷ Knjazev, A. Põhjendamatult madalad pakkumused riigihankeõiguses. Magistritöö. Tartu: Tartu Ülikool 2016.

¹⁸ Rahandusministeerium. Rahandusministeeriumi käitumisjuhised riigihangete direktiivide otsekohaldatavuse kohta. Arvutivõrgus: https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=523679&folderId=526290&name=DLFE-36204.pdf (01.05.2017).

¹⁹ Esmalt märgitud lahendis EKo 05.02.1963, C-26/62, *van Gend en Loos*.

²⁰ Arrowsmith, S. EU Public Procurement Law: an Introduction. 2010, lk 30-32. Arvutivõrgus: <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf> (01.05.2017).

kujul lähikuudel vastu.²¹ Töös tehtud ettepanekutega on võimalik arvestada seadus muutmisel edaspidi. Seal, kus asjakohane, vaadatakse siiski Eesti kehtivat riigihangete seadust²².

Kuivõrd töö eesmärgiks on hinnata palgatingimuste seadmise võimalusi Euroopa Liidu riigihangete regulatsiooni raames, on töö põhiallikateks kehtivad Euroopa Liidu riigihankedirektiivid, Eestis kehtiv riigihangete seadus kui ka tulevikus kehtima hakkav riigihangete seadus. Magistritöö teisteks allikateks on kõik muu. Nendeks on Euroopa Kohtu kohtupraktika, erialane võõrkeelne õiguskirjandus ning Euroopa Liidu nn *soft-law* (erinevad juhised, soovitused jne). Samuti on teiseseks allikaks Eesti õiguskirjandus ning muidugi ka kohtupraktika.

Käesoleva magistritöö on kvalitatiivne uurimus ning töö eesmärkide saavutamiseks on kasutatud võrdlev-analüütilist meetodit. Töö kvalitatiivsus avaldub selles, et kehtivat riigihangete seaduse ja riigihangete seaduse eelnõus ettenähtud regulatsioone on omavahel analüüsitud ja võrreldud ning saadud tulemused esitatud loogiliste järeldustena. Võrdlev-analüütilist meetodit on kasutatud ka kehtivate hankedirektiivide muudatuste esiletoomisel võrreldes varem kehtinud hankedirektiividega. Lisaks sellele on ka uue riigihangete seaduse eelnõu vastavus riigihankedirektiividele töö võrdlev-analüütilise meetodiga hõlmatud.

Lähtuvalt eelnevalt kirjeldatud uurimisprobleemist ja eesmärgist on käesoleva magistritöö autor püstitanud kolm hüpoteesi:

- 1) kehtivad riigihankedirektiivid võimaldavad senisest edukamalt rakendada sotsiaalseid kriteeriume läbi riigihankeõiguse;
- 2) palgatingimuste rakendamine kooskõlas Euroopa Liidu õigusega on võimalik ka lepingueelses hankemenetluses, kuid efektiivseim viis riigihanke üldpõhimõtete tagamiseks on hankelepingu täitmise tingimuste (eritingimuste) kasutamine;
- 3) riigihangete seaduse eelnõu (204 SE) ettepanekus nimetatud kindla palgamäära maksmise nõude kehtestamine õigusaktiga ei ole kooskõlas Euroopa Liidu õigusega.

Magistritöö märksõnad: Euroopa Liidu õigus, riigihanked, hankemenetlus, palk

²¹ Eelnõu läbis 12. aprillil 2017 Riigikogus teise lugemise ja saadeti kolmandale lugemisele, mis toimub 3. mail 2017.

²² Riigihangete seadus. – RT I, 25.10.2016, 20.

1. Kaalutlusõiguse piirid palgatingimuste seadmisel

1.1. Sotsiaalsed horisontaalsed kaalutlused riigihankeõiguses

Esmalt tuleb käsitleda horisontaalsete eesmärkide kohta Euroopa Liidu õiguses üldisemalt ning riigihangete regulatsioonis kitsamalt. Käesoleva töö keskmes on palgatingimused kui sotsiaalsed horisontaalsed eesmärgid läbi mille viia ellu Euroopa Liidu tasandi ja siseriiklikku sotsiaalset poliitikat.

Riigihangete menetlust tunnustatakse järjest enam kui kaudset vahendit sotsiaalsete ja majanduslike muudatuste elluviimiseks üldisemalt. Arutelud toimuvad nii Euroopa Liidu tasemel kui ka laiemalt, sealhulgas Maailma Kaubandusorganisatsiooni poolt. Väljakutseks on endiselt kuidas ühendada majandusikke, sotsiaalseid ja keskkonnavalaseid eesmärgi seejuures kindlustades, et hankimisotsused on õiglased ja läbipaistvad. Üks probleemikoht on tingimuste rakendamisel ka pärast lepingu sõlmimist tagada kontroll selle üle, et töövõtjad ja alltöövõtjad peaksid kinni tööõiguse- ja keskkonnavalastest tingimustest.²³

Horisontaalsete eesmärkide elluviimiseks on võimalik kehtestada riiklike tegevuskavasid, mis seavad erinevaid meetmeid ja eesmärgi keskkonnasõbralike ja sotsiaalsete riigihangete korraldamiseks. Eestis selliseid riiklikke tegevuskavasid koostatud ei ole.²⁴ Riiklik tegevuskava on kehtestatud enamikes liikmesriikides. Sarnaselt Eestiga ei ole tegevuskava koostanud Rumeenia, Kreeka, Sloveenia ja Ungari.²⁵

Selle toob välja ka 2012. aastal avaldatud Euroopa Komisjoni tellitud uurimus keskkonnahoidlike riigihangete kasutusele võtust Euroopa Liidu liikmesriikides.²⁶ Uurimusest nähtub, et komisjoni poolt 2008. aastal seatud eesmärk, et peamisi keskkonnakaitselisi eesmärgi rakendataks 2010. aastaks 50% hangetest, ei olnud täidetud. Seejuures jäi 11 liikmesriigis keskkonnakaitseliste meetmete kasutuselevõtt alla 20 %, sealhulgas ka Eestis. Rõhutatakse seda, et keskkonnahoidlike riigihangete rakendamine on kõrgem neis riikides,

²³ OECD. Integrity in Public Procurement: Good Practice from A to Z, lk 11. Arvutivõrgus: <http://www.oecd.org/development/effectiveness/38588964.pdf> (01.05.2017).

²⁴ OÜ Alkranel. Keskkonnahoidlike riigihangete analüüs 2015. Lõpp-raport, lk 5. Arvutivõrgus: http://www.envir.ee/sites/default/files/khrh_analuusiraport.pdf (01.05.2017).

²⁵ European Commission. National GPP Action Plans (policies and guidelines). Informatsioon 28 liikmeriigi kohta. Viimati uuendatud 2016. aasta novembris. Lätis ja Leedus kehtestati GPP tegevuskava 2015. aastal. Arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/national_gpp_strategies_en.pdf (01.05.2017).

²⁶ CEPS. The Uptake of Green Public Procurement in the EU27. Brüssel, 2012. Arvutivõrgus: <http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/CEPS-CoE-GPP%20MAIN%20REPORT.pdf> (01.05.2017).

kus vastavad juhised võeti varakult vastu. Vastavalt, madal on rakendamise määr nendes riikides, kus juhised kehtestati alles hiljuti või ei ole üldse kehtestatud.²⁷

Autori arvates on eelnev oluline käesoleva töö aktuaalsuse esile toomiseks. See ei tähenda, et vähest horisontaalsete eesmärkide kasutuselevõttu ei teadvustata. Küll aga tasub selle valguses rõhutada tegevuskavade ja täiendavate juhiste väljatöötamise vajadust.

Avalikud kulutused asjadele, töödele ja teenustele moodustavad umbes 14% Euroopa Liidu SKP-st aastase väärtusega ligi kaks triljonit.²⁸ Seetõttu saab avalik sektor suurima kulutajana läbi riigihangete edukalt viia ellu Euroopa Komisjoni poliitikat, mille eesmärkide hulgas on innovaatilisem, rohelisem ja sotsiaalselt kaasavam majandus.²⁹ See on ka põhjus, miks uued hankedirektiivid viidatud poliitikaid püüavad paremini integreerida.

Liikmesriikidel on kohustus siseturuga seonduvaid eesmärke täita (ELTL art 120), võttes kasutusele sellist majanduspoliitikat, mis on kooskõlas vabal konkurentsil põhineva avatud turumajanduse põhimõttega (ELTL art 119 lg 1). ELTL artikkel 7 kohaselt tagab Euroopa Liit erinevate poliitikavaldkondade ja meetmete kooskõla, võttes arvesse kõiki oma eesmärke ja järgides pädevuse andmise põhimõtet

ELTL artikkel 9 sätestab, et oma poliitika ja meetmete määratlemisel ja rakendamisel võtab Euroopa Liit arvesse kõrge tööhõive taseme edendamise, piisava sotsiaalse kaitse tagamise, sotsiaalse tõrjutuse vastase võitluse ning hariduse, koolituse ja inimeste tervise kaitse kõrge tasemega seotud nõudeid.

Autor toob veel välja ELTL artikli 11, mille kohaselt Euroopa Liidu poliitika ja tegevuse määratlemisse ja rakendamisse peab integreerima keskkonnakaitse nõuded, eelkõige pidades silmas säästva arengu edendamist. Keskkonnakaitse integreerimispõhimõttest tulenevalt võib järeldada, et riigihankemenetluses on liikmesriikidel keskkonnakaitseliste poliitika eesmärkide edendamiseks suuremad võimalused.³⁰ Euroopa Kohu on hankijate kaalutusõiguse hindamisel tuginenud ELTL artiklike 11.³¹ Keskkonnahoidlike riigihangete

²⁷ OECD. Integrity in Public Procurement, lk 12.

²⁸ European Commission. Study on “Strategic use of public procurement in promoting green, social and innovation policies” Final Report, lk 10. Arvutivõrgus: <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/17261> (01.05.2017).

²⁹ European Commission. Communication from the Commission. EUROPE 2020. A strategy for smart, sustainable and inclusive growth. COM(2010) 2020, lk 8-18. Arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC2020&from=en> (01.05.2017).

³⁰ Lember, P, lk 13.

³¹ EKo 17.09.2002, C-513/99, *Concordia Bus*, p 57.

potentsiaali toonitati Euroopa Liidus esmakordselt Euroopa Komisjoni 2003. aasta teatistes, milles soovitati vastu võtta riiklikud keskkonnahoidlike riigihangete tegevuskavad hiljemalt 2006. aasta lõpuks.³²

Vähemalt siiani on keskkonnakaitseliste ja sotsiaalsete kaalutluste kohaldamisele kehtivad teatavad erinevused. Seda ilmestab selgelt see, et 2004. aasta direktiivid asetasid oluliselt suurema rõhu keskkonnahoidlikele eesmärkidele. Uutes riigihankedirektiivides on sotsiaalsete eesmärkide kaasamise võimalust vähemalt eelduslikult laiendatud.

Euroopa Komisjon defineerib sotsiaalselt vastutustundlikku riigihanget³³ kui „hanketoimingut, mis arvestab üht või mitut järgmistest sotsiaalsetest kaalutlustest: töövõimalused, inimväärne töö, sotsiaal- ja tööõigustele vastamine, sotsiaalne kaasamine (puuetega inimeste kaasamine), võrdsed võimalused, juurdepääsetavus, universaalsus, jätkusuutlikkuse kriteeriumi arvestamine, sh eetilise kaubanduse küsimused ja laiem vabatahtlik vastavus vastutustundlikule ettevõtlusele (CSR), järgides samal ajal ELTL-is ja hankedirektiivides toodud põhimõtteid“.³⁴

Euroopa Komisjoni 2011. aasta ettepanekus praegu kehtivate direktiivide kohta seati eesmärgiks, et täiustatud riigihanke-eeskirjad avaliku sektori hankijatel kasutada riigihankes paremini selliste ühiste sotsiaalsete eesmärkide toetamiseks nagu keskkonnakaits, suurem ressursi- ja energiatõhusus, võitlus kliimamuutuste vastu, innovatsiooni ja sotsiaalse kaasatuse edendamine ning parimate võimalike tingimuste tagamine kvaliteetsete sotsiaalteenuste osutamiseks.³⁵

Sotsiaalsed kaalutlused hõlmavad mõju nii tarneahelale kui ka lõppkasutajale. Tarneahela mõju sisaldab enne tarbimist tõusetavaid aspekte, nagu näiteks isikute töötingimused, kes osalevad tooraine saamises, tootmises ja töötlemisel. Mõju lõppkasutajale hõlmab toote teenuse või ehitustöö omadusi, mis määravad selle ühiskondliku kasulikkuse. Sinna hulka

³² Euroopa Komisjon. Komisjoni teatis nõukogule, Euroopa Parlamendile, Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele ning Regioonide Komiteele. Keskkonnahoidlikud riigihanked. KOM(2008) 400. Arvutivõrgus: http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=ET&t=PDF&gc=true&sc=false&f=ST%2012041%202008%20INI_T (01.05.2017), lk 3.

³³ Ingliskeeles *Socially Responsible Public Procurement (SRPP)*

³⁴ European Commission. Buying Social - A Guide to taking Account of Social Considerations in Public Procurement. 2011, lk 7. Arvutivõrgus: <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6457&langId=en> (01.05.2017)

³⁵ Euroopa Komisjon. Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv riigihangete kohta. Brüssel, 20.12.2011. KOM(2011) 896 lõplik – 2011/0438 (COD), lk 2.

kuuluvad kättesaadavus kõigile kasutajatele või lisanduv väärtus tööhõivest, väljaõppest või pakutavatest praktikakohtadest.³⁶

Sotsiaalseid aspekte, mida rakendada on seega erinevaid ning need kõik väärivad autori arvates käsitlemist. Käesolev töö on uurimisprobleemi piiritletud selliselt, et analüüsib palgatingimuste kui sotsiaalsete kaalutluste rakendamise võimalusi riigihankemenetluse läbi. Uurimisprobleem on piiritletud ka lähtuvalt sellest, et jätkusuutliku arengu tagamist, sealhulgas erinevate sotsiaalsete kaalutluste rakendamise võimaluste suurendamise vajadust, on lähtuvalt eeltoodust kinnitatud nii rahvusvahelisel, Euroopa Liidu tasandil kui ka Eestis. Üheks tunnustatud vahendiks on riigihankemenetlus. Käesolev töö on õigusteaduslik uurimus. Seetõttu keskendub autor õiguslikele probleemidele, mitte poliitilistele valikutele üldisemalt.

Hankedirektiivi art 18³⁷ sätestab ELTL-ist tulenevad riigihanke üldpõhimõtted – ettevõtete võrdne ja mittediskrimineeriv kohtlemine, läbipaistvus, proportsionaalsus ning konkurentsi kunstliku piiramise keeld.

Riigihangete seaduse § 1 kohaselt on seaduse eesmärk tagada hankija rahaliste vahendite läbipaistev, otstarbekas ja säästlik kasutamine, isikute võrdne kohtlemine ning konkurentsi efektiivne ärakasutamine riigihankel. Samamoodi sätestab seaduse esmase eesmärgi ka riigihangete seaduse eelnõu § 2 lg 1.

Uuenduslikuna sätestab eelnõu § 2 lg 2 täiendavalt, et riigihanke planeerimisel ja korraldamisel arvestatakse lisaks ka sotsiaalsete kaalutluste, innovatsiooni rakendamise ning keskkonnasäästlike lahendustega. Seega eelnõu sätestab horisontaalsete eesmärkidega arvestamise seaduses. Seletuskirjas on välja toodud, et horisontaalsete eesmärkidega tuleb järjest enam arvestada.³⁸

Seejuures on horisontaalsete eesmärkidena toodud nii sotsiaalsed kaalutlused kui ka innovatsiooni rakendamine, mitte ainult keskkonnasäästlike lahenduste eelistamine. Märkimisväärne on ka see, et kui kehtiv riigihangete seadus sätestab keskkonnasäästlikkusega arvestamise üldpõhimõttena § 3 p-s 6 järgmiselt: “võimaluse korral peab hankija arvestama keskkonnasäästlike lahendusi”, siis eelnõus on keskkonnahoidlikkusega arvestamine viidud eesmärgi tasandile, nagu eelnevalt märgitud.

³⁶ Semple, A. A Practical Guide to Public Procurement, lk 192.

³⁷ Võrgustiku direktiivi art 36 lg 1, kontsessiooni direktiivi art 3, art 30 lg 2.

³⁸ Seletuskiri, lk 18.

Kuigi ka RHS §-s 3 sätestatud üldpõhimõtted on hankijale järgimiseks kohustuslikud, on muudatused siiski olulised. Esiteks on kehtivas riigihangete seaduses juba sätestatud keskkonnahoidlikkuse aspektiga arvestamise puhul on muudatus samuti selge – hankija ei tee seda mitte võimalusel, vaid peab lähtuma keskkonnahoidlikkusest hanke ettevalmistamisel ja läbiviimisel. Teiseks on eelnõu kohaselt nüüd selgelt tunnustatud sotsiaalsed kaalutlused ja innovatsiooni rakendamine kaasnevate eemärkidena, millega tuleb arvestada.

Sellest tulenevalt võiks sätte grammatilisel tõlgendamisel eelnõu kohaselt hankijal tekkida üldine kohustus alati arvestada horisontaalsete eesmärkidega, sealhulgas keskkonnasäästlike lahendustega. Alati kehtivat kohustust rakendamiseks see endas siiski ei kätke. Olukorrad, kus keskkonnahoidlike ja sotsiaalsete meetmete rakendamine on kohustuslik, on direktiivides eraldi instrumentidena välja toodud. Need sätted tuleb üle võtta siseriiklikku õigusesse.

Küll aga on muudatus oluline, sest suunab hankijaid. Kõikide sotsiaalsete kaalutluste rakendamisel peab igal juhul arvestama Euroopa Liidu õiguse üldpõhimõtetega.³⁹ Muudatuse eesmärk on seega autori hinnangul tuua esile horisontaalseid eesmärke kooskõlas riigihankedirektiividega ja rõhutab kohustust järgida kaalutlusi olukorras, kus seadus selle eraldi ette näeb.

Hankedirektiivi art 18 lg 2⁴⁰ riigihanke üldpõhimõtete juures sätestab järgmist: „*Liikmesriigid võtavad asjakohaseid meetmeid, tagamaks, et riigihankelepingute täitmisel täidavad ettevõtjad neid keskkonna-, sotsiaal- ja tööõiguse valdkonnas kohaldatavaid kohustusi, mis on kehtestatud liidu või siseriiklike õigusaktidega, kollektiivlepingutega või X lisas loetletud rahvusvaheliste keskkonna-, sotsiaal- ja tööõiguse sätetega.*“ See on küll sätestatud üldise kohustusena liikmesriikidele ja seetõttu ei pea sätet täpselt sellisel kujul üle võtma.

Hankedirektiivi art 18 lg 2 on aga aluseks mitmele täpsemale direktiivis sisalduvale kohustusele või võimaluse diskretsiooni alusel rakendamiseks. Need leiavad käsitlust töö erinevates peatükkides. Autor analüüsib ka eelnõu vastavate sätete ülevõtmist Eesti õigusesse.

Õiguskirjanduses on esile toodud *ESA* ja *RegioPost* lahendite erinevust Euroopa Kohtu varasemates lahendites toodud seisukohtadega ning nende mõju sotsiaalsete kaalutluste

³⁹ Brown, A. The lawfulness of a national rule requiring a subcontractor of a bidder for a public contract to pay its workers a minimum wage, even where the services will be carried out exclusively in a lower-cost third country: case C-549/13 Bundesdruckerei GmbH v Stadt Dortmund. – Public Procurement Law Review 2015, No 1, lk 19.

⁴⁰ Võrgustiku direktiivi art 36 lg 2, kontsessiooni direktiivi art 30 lg 2.

rakendatavusele. Leitakse, et nimetatud lahendites on Euroopa Kohus võtnud sõbralikuma hoiaku sotsiaalsete eesmärkide suhtes.⁴¹

Ühiskonnas üldiselt tunnustatud ja vajalikele eesmärkide saavutamisele läbi riigihankemenetluse osutatakse siiski ka praegusel hetkel teatavat vastupanu ja seda nii ettevõtete, akadeemikute kui ka Euroopa Liidu institutsioonide poolt. Selle põhjuseks on kartus, et avalike vahendite efektiivne kasutamine jääb tagaplaanile ja hankijad võivad minna ettevõtete käitumise reguleerimise eesmärgil ostuotsuseid tehes liiga kaugele.⁴² Euroopa Komisjon kardab, et liikmesriigid võiksid sotsiaalsete hangete osas antud diskretsiooni tõttu eelistatakse siseriiklikke ettevõtteid ja töötajaid, seda eriti majanduslanguse tingimustes.⁴³

Tulenevalt sellest on Euroopa Liidu institutsioonid lähtunud kitsast tõlgendusest sotsiaalsete kaalutluste ja muude hüvede seostatavuse osas ostetavate teenuste ja kaupadega. Seetõttu on domineerivam arusaam, et töö- ja sotsiaalsed standardid tulenevad majanduslikust arengust, mitte ei panusta sellesse.⁴⁴

1.2. Palgatingimused sotsiaalse kaalutlusena riigihankeõiguses

Sotsiaalsetest aspektidest üheks olulisemaks võib pidada palgatingimusi. Palgatingimuste seadmise mõju avaldub seejuures eriti tööjõumahukate sektori puhul, milleks on näiteks ehitussektor, transpordisektor ja sotsiaal- ja tervishoiuteenused.⁴⁵

Palgatingimuste peamine eesmärk riigihankeõiguses on riigihankelepinguga seotud töötajatele teatav (minimaalne) palgamäär. See ei tohiks seejuures jääda üldiselt kehtivatele palgamääradele. Lisaks sellele aspektile tekitavad palgatingimused olukorra, kus palgatingimused ei tekita konkurentsi pakkujate vahel ehk teisisõnu see element on

⁴¹ Pecinovsky, P. Evolutions in the social case law of the Court of Justice: the follow-up cases of the Laval quartet: ESA and RegioPost. – European Labour Law Journal, 2016/7, No 2. Semple, A. *RegioPost* judgment: CJEU upholds minimum wage clause. Arvutivõrgus: www.procurementanalysis.eu (01.05.2017).

⁴² Martens, M. de Margerie, S. The Link to the Subject-Matter of the Contract in Green and Social Procurement. – European Procurement and Private Public Partnership Law Review, 2013/8, No 1, lk 8.

⁴³ Ludlow, A. Social Procurement: Policy and Practice. – European Labour Law Journal, 2016/7, No 43, lk 480.

⁴⁴ Ludlow, lk 480.

⁴⁵ Thorsten et al, lk 11.

eemaldatud.⁴⁶ Võib asuda seisukohale, et võrdsete tingimuse loomisega läbi palgatingimuste on võimalik omakorda asetada rohkem rõhku toodete ja teenuste kvaliteedile

Palgatingimustena saab käsitleda nii nõuet maksta miinimumasu (palga alammäär), mis on sätestatud kas kohalikul või riiklikul tasandil. Samuti võib see olla määratud kollektiivlepinguga. Kollektiivleping võib olla üldkohaldatav teatud sektoris või hõlmata ainult töötajaid, kes on sõlminud kollektiivlepingu. Palgatingimus võib olla ka õiglase tasu maksmise nõue. Õiglane tasu võimaldab inimväärset elu. Äraelamist võimaldav töötasu (*living wage*) tähendab palka, mis tagab põhivajaduste rahuldamise ja on miinimumpalgast kõrgem.⁴⁷

Õiglase palga maksmise tingimuse eemärgina on esile toodud mitmeid aspekte. Esiteks ausa konkurentsi tagamise element läbi nõude, et kõik pakkujad järgivad asukohariigis kehtestatud miinimumstandardeid.⁴⁸ See tähendab, et töötajatele makstava töötasu küsimus on konkurentsis eemaldatud.⁴⁹ Teise aspekt on vajalik selleks, et riigihankelepingud ei avaldaks survet palkade alandamiseks ja töötajatele oleksid tagatud vähemalt samad tingimused, mis teenuse osutamise kohas üldiselt.⁵⁰

Palgatingimuste kehtestamise vajadus ja võimalused sõltuvad sellest, milline on liikmesriigi regulatsioon. Kehtestatud võib olla palga alammäär piirkonna või riiklikul tasandil. Samuti võib olla palgatase kehtestatud kollektiivlepinguga.

Eesti on kehtestatud üldine töötasu alammäär.⁵¹ Vastavalt töölepingu seaduse⁵² § 29 lg-le 5 sellest madalamat töötasu ei või töötajale maksta. Üldine tasumäär tähendab, et see kehtib kõigis tegevusvaldkondades erisuseta. Üldine kehtestatud alammäär ei tähenda, et teatud

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Caranta, R. Trybus, M. (Eds). The Law of Green and Social Procurement in Europe. Copenhagen: DJØF Publishing 2010, lk 124.

⁴⁸ International Labour Organization. Labour clauses in public contracts. Integrating the social dimension into procurement policies and practices. International Labour Office Geneva, Switzerland 2008, lk xiii.

⁴⁹ Lätt, P. Fels, E. Rahandusministeeriumi tellitud analüüs. Keskmise palga nõue riigihangetes. 23.11.2016. Arvutivõrgus: https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?uuid=a97daa44-2ec4-4a8a-897f-2109c0259707&groupId=11726 (01.05.2017).

⁵⁰ International Labour Organization. Labour clauses in public contracts, lk xiii.

⁵¹ Alates 1. jaanuarist 2017. a on tunnitasu alammääraks 2,78 eurot ja kuutasu alammääraks täistööajaga töötamise korral 470 eurot. Vabariigi Valituse 18.12.2015määrus nr 139 "Töötasu alammäära kehtestamine". – RT I, 22.12.2015, 51.

⁵² Töölepingu seadus. – RT I, 07.12.2016, 12.

sektorites ei oleks määratud sellest kõrgemat tasu. Vastavalt kollektiivlepingu seaduse⁵³ § 6 lg 1 p-le 1 võib kollektiivlepinguga poolte vahel kindlaks määrata ka palgatingimused.

Eestis on selline kollektiivleping sõlmitud näiteks Eesti Haiglate Liidu, Eesti Kiirabi Liidu ja Eesti Perearstide Seltsi kui tööandjate ning Eesti Arstide Liidu, Eesti Tervishoiutöötajate Kutseliidu ja Eesti Õdede Liidu kui töötajate esindajate vahel.⁵⁴ Kollektiivlepingud, nagu ka eelnevalt viidatud lepingus välja toodud, sõlmitakse eesmärgiga tagada kvaliteetne õigeaegne teenuse kättesaadavus ning töörahu.

Nimetatud kollektiivleping laieneb kõigile asutustele ja ettevõtetele, kes osutavad tervishoiuteenuseid Terviseameti väljastatud tegevusloa alusel ja kelle tegevust rahastatakse Haigekassaga sõlmitud ravi rahastamise lepingu alusel või riigieelarvest, ning töötajatele, kes töötavad eelmainitud asutustes ja ettevõtetes.⁵⁵ Seega on tegemist üldkohalduva kollektiivlepinguga.

Kollektiivlepingud ei pruugi olla üldkohaldatavad. Näiteks Rootsis, kus küll ligi 90% palgatöötajatest oli seotud kollektiivlepinguga⁵⁶, on nende lepingute näol tegemist tööandjate ja töövõtjate organisatsioonide omavaheliste eraldi kokkulepetega. Need kollektiivlepingud ei ole üldkohaldatavad, st. kõigile sektoriüleselt kehtivad. Riiklikke lepingupooli on üle saja ja riigi tasandil on üle 650 kollektiivlepingu.⁵⁷

Kuivõrd Rootsis ei ole üldkohaldatav kollektiivlepinguid ega ka seadusega reguleeritud miinimumpalka, on Rootsis arutelu sellest, kas kollektiivlepingu nõue (ja samuti kollektiivlepingust tulenevad nõuded) on kooskõlas Euroopa Liidu õigusega.⁵⁸ Rootsi ettevalmistatud eelnõu kohaselt sooviti seadusesse hankedirektiivi art 18 lg 2 kohaldamiseks lisada uude Rootsi riigihangete seadusesse⁵⁹ sätte, mille kohaselt oleks hankijal olnud

⁵³ Kollektiivlepingu seadus. – RT I, 29.03.2012, 12.

⁵⁴ Tervishoiuvaldkonna kollektiivleping. Kehtiv kollektiivleping sõlmiti 25.04.2017. Arvutivõrgus: https://arstideliit.ee/wp-content/uploads/2017/04/Tervishoiuvaldkonna_kollektiivleping_25_1.pdf (01.05.2017).

⁵⁵ Üldkohalduvad kollektiivlepingud. Arvutivõrgus: <http://www.tooelu.ee/et/tootajale/Toosuhted/tootajate-esindamine-ja-kollektiivsed-toosuhted/kollektiivleping/yldkohalduvad-kollektiivlepingud-> (01.05.2017).

⁵⁶ Ligi 70% on seotud ametiühingutega. The Swedish Trade Union Confederation. The Collective Agreement. Arvutivõrgus: http://www.lo.se/english/the_collective_agreement (01.05.2017)

⁵⁷ The Swedish Trade Union Confederation. The Collective Agreement. Arvutivõrgus: http://www.lo.se/english/the_collective_agreement (01.05.2017).

⁵⁸ Sundstrand, A. Kollektivavtal och kollektivavtalsvillkor i offentlig upphandling. UPPDRAGSFORSKNINGSRAPPORT 2015:2, lk 6, lk 12. Arvutivõrgus: http://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/uppdraagsforskning/forsk_rap_2015-2.pdf (01.05.2017).

⁵⁹ Lag (2016:1145) om offentlig upphandling (01.12.2016). Arvutivõrgus: <https://lagen.nu/2016:1145#K17> (01.05.2017).

võimalik, kui peab vajalikuks, seada pakkuja töötajatele palga-, puhkeaja- ja töötundidega seotud tingimusi, mis tuginevad kollektiivlepingule. Rootsi parlament leidis, et sellised sätted on kahjulikud väikese ja keskmise suurusega ettevõtetele ning jättis need uues riigihangete seaduses vastu võtmata. Sundstrand avaldas, et tulenevalt sellest, et Rootsis ei ole kollektiivlepingud üldkohaldatavad, oleks arutluse all olnud sätted tõenäoliselt olnud ka Euroopa Liidu õigusega vastuolus.⁶⁰

Ka üldist palgataseme alammäära ei ole Rootsis kehtestatud. Kollektiivlepingu alusel võib maksta samuti mistahes tasu, kui töötaja sellega nõustub.⁶¹ Seisuga 1. jaanuar 2017 kehtib riiklik seadusega sätestatud töötasu alammäära (miinimumtasu) nõue 22 liikmesriigis.⁶² Töötasu alammäära ei ole seaduses sätestatud Austrias, Küprosel, Taanis, Soomes, Itaalias ja Rootsis.⁶³

Enamik kollektiivlepingutest ei ole üldkohaldatavad ka Taanis, Norras, Šveitsis, Suurbritannias ja Saksamaal. Samal ajal on enamik kollektiivlepingutest üldkohaldatavad Austria, Belgias, Soomes, Prantsusmaal, Itaalias, Hollandis ja Hispaanias.⁶⁴

Sellest tuleneb ka riigiti erinev palgatingimuste kasutamise vajadus riigihankemenetluses. Palgatingimused on nimelt olulisemad just nendes riikides, kus ei ole kas seaduses sätestatud miinimumpalka ega üldkohaldatavaid kollektiivlepinguid. Riigihangete kaudu kasutatavad palgatingimused pakuvad kompenseeriva võimaluse.⁶⁵ See, et selliseid kompenseerivaid palgatingimusi kasutatakse, nähtub Euroopa Kohtusse jõudnud vaidlustest. Käesolevas töös käsitletavatest kohtulahenditest mitmed olulised, sealhulgas *Bundesdruckerei, Rüffert, RegioPost*, tulenevad Saksaal kerkinud vaidlustest.

Liikmesriikide erinevatest vajadustest lähtuvalt on peetud paradoksiliseks *Rüfferti* kaasust, mille kohaselt on miinimumpalka nõue riigihankeõiguses lubatud vaid üldkohaldatavate kollektiivlepingute puhul.⁶⁶ Kohus leidis: „*Eeltoodust tuleneb, et sellise meetmega, nagu on*

⁶⁰ A. Sundstrand. Social Procurement in Sweden. Loengumaterjal, 2017 (autori valduses).

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Statutory minimum wages in the EU 2017. Arvutivõrgus: <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/articles/statutory-minimum-wages-in-the-eu-2017> (01.05.2017).

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Thorsten et al. Pay and other Social Clauses in European Public Procurement. Düsseldorf 2012, lk 16. Arvutivõrgus: https://www.boeckler.de/pdf/wsi_schulten_pay_and_other_social_clauses.pdf. (01.05.2017)

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*

vaidluse all põhikohtuasjas, ei ole töötasu kindlaks määratud mõnel direktiivi 96/71 artikli 3 lõike 1 esimese lõigu esimeses ja teises taandes ning lõike 8 teises lõigus ette nähtud viisil.“

Kohus järeldas, et sellist palgamäära ei saa käsitleda palga alammäärana sama direktiivi artikli 3 lõike 1 esimese lõigu punkti c tähenduses, mida liikmesriigid võivad selle sätte alusel teistes liikmesriikides asutatud ettevõtjatele seoses riikidevahelise teenuse osutamisega kehtestada.⁶⁷ Kohtuasjas viidatud direktiiv, selle kohaldamisala ja seos riigihangetes rakendatavate tingimustena leiab käsitlust alljärgnevalt.

1.3. Euroopa Liidu õiguse aluspõhimõtetest tulenevad kaalutlusõiguse piirangud

Horisontaalsete eesmärkide rakendamisevõimalust ei ole võimalik hinnata ilma Euroopa Liidu aluspõhimõtetest tulenevate kaalutlusõiguse piiranguteta. Euroopa Liidu riigihankeõiguse esmane regulatsiooni allikas on ELTL. ELTL-st tulenevaid põhimõtteid tuleb kohaldada ka hankedirektiivide reguleerimisalasse mittekuuluvate hangete puhul.

Hankedirektiivi põhjenduspunkti 1 kohaselt peab riigihankelepingute sõlmimine toimuma ELTL-is sätestatud põhimõtete alusel ning järgides eelkõige kaupade vaba liikumise, asutamisvabaduse ja teenuste osutamise vabaduse põhimõtteid. Lisaks tuleb järgida nendest omakorda tulenevaid põhimõtteid – võrdne kohtlemine, mittediskrimineerimine, vastastikune tunnustamine, proportsionaalsus ja läbipaistvus.

Nii nagu ka teistes valdkondades, põrkub Euroopa Liidu tasandil riigihangete regulatsioon küsimusega, kuidas tasakaalustada liikmesriikide autonoomiat ja siseturu ühtlustamise eesmärki. Euroopa Liidu riigihangete regulatsioonil on väga suur mõju liikmesriikide diskretsioonile siseriiklike riigihangete eesmärkide elluviimisel.⁶⁸

Arrowsmith toob kehtiva Euroopa Liidu riigihangete režiimi kriitikana välja selle keerukuse, õigusselgusetuse ja ebasoodsa mõju riikide poliitika kujundamisele. Viimase osas peab ta silmas eelkõige tõkestavat mõju sotsiaalsete ja keskkonnapoliitikate elluviimisele. Kuigi uutes hankedirektiivides on liigutud suurema paindlikkuse poole, on Arrowsmith seisukohal, et

⁶⁷ EKo 3.04.2008, C-346/06, Rüffert, p-id 29-30.

⁶⁸ Arrowsmith, S. The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK. Volume 1. Third ed. London: Sweet & Maxwell 2014, lk 226, 3-70.

kehtiv Euroopa Liidu regulatsioon piirab endiselt põhjendamatult erinevate riigisiseste poliitikate elluviimist.⁶⁹ Sellest hoolimata, tuleb arvestada vastavate piirangutega ja viia siseriiklikke hankemenetlusi läbi kooskõlas kehtiva regulatsiooniga.

Kuna läbi riigihanke tehtud kulutused asjadele, töödele ja teenustele moodustavad olulise osa Euroopa Liidu SKP-st, nagu eelnevalt välja toodud, on piiriülese kaubanduse edendamine riigihangetes olnud märkimisväärse tähendusega siseturu integreerimisele.⁷⁰

Euroopa Kohus leidis *Rüffert* kohtuasjas, et palgatingimused, mis ei ole universaalselt kohaldatavad, s.o seonduvad ainult riigihankelepinguga, rikuvad teenuste vaba liikumise põhimõtet. Selle mõjul seati kahtluse alla hankijate kasutatav nõue, et töötajatele makstaks õiglast palka.⁷¹ Euroopa Kohus otsustas seega, et sektoripõhine kollektiivleping ei võimalda seada tingimusi, mille kohaselt nõuda õiglase palga maksmist ainult hankelepinguga seotud isikutele. See läks kohtu arvates vastuollu Euroopa siseturu reeglitega.

Bundesdruckerei lahendis Euroopa Kohus esmapilgul kinnitas kohtu senist seisukohta, et miinimumpalga nõuded hankelepingutes kujutavad endast piirangut teenuste vabale liikumisele, kuigi tunnustas sotsiaalsetest kaalutlustest tulenevate piirangute suuremat võimalikku ulatust.⁷²

ELTL teenuste vaba liikumine põhimõttest ja riigihankedirektiividest tulenevalt on riikidevahelised allhanked mõistagi suurenenud. Selle tulemusel paigutavad ühes liikmesriigis asuvad ettevõtted oma töötajad teise liikmesriiki.⁷³

Euroopa Liidu ühtne riigihankemenetluse raamistik soodustab piiriüleseid hankeid läbi konkurentsi avamise kogu Euroopa Liidu turule. Hankijal on seeläbi suurem valikuvõimalus

⁶⁹ Arrowsmith, S. The Law of Public and Utilities Procurement: 2014, lk 225-227. Arrowsmith, S. Modernising the EU's public procurement regime: a blueprint for real simplicity and flexibility. Public Procurement Law Review, 2012, 21, lk 71- 82.

Autori märkus: Täpsemalt käsitleb S. Arrowsmith horisontaalseid eemärke, sealhulgas ELi riigihanke režiimi piiravat mõju sotsiaalsete ja keskkondlike poliitikate elluviimisele monograafia teises köites, mis ilmub 31. oktoobril 2017.

⁷⁰ de Mars, Silvia. The limits of general principles: a procurement case study. – European Law Review, 2013/38, No 3, lk 316.

⁷¹ Semple, A. Living Wages in public contracts: A chance to reconsider *Rüffert*. Arvutivõrgus: <http://www.procurementanalysis.eu/> (01.05.2017)

⁷² Semple, A. Living Wages in public contracts: A chance to reconsider *Rüffert*. Arvutivõrgus: <http://www.procurementanalysis.eu/> (01.05.2017).

⁷³ Barnard, C. EC Employment Law, lk 275.

nii hankeeseme hinna kui ka kvaliteedi suhtes.⁷⁴ Piiriülene hankemenetlus tähendab ühtlasi, et kui ühe liikmesriigi ettevõtte asub hankelepingut täitma teises liikmesriigis (vastuvõturiigis), siis lähetatakse ka töötajad vastuvõturiiki. See võib tähendada lepingu täitmise riigile rahalist kokkuhoidu, kuid on tõstatanud ametiühingutes sotsiaalse *dumpingu* aspekti, sest teenuse osutajad kasutavad ära asukohariigi madalamaid nõuded töö- ja palgatingimustele.⁷⁵

Hankedirektiivi põhjenduspunkt 37 kinnitab, et sotsiaalsete kaalutluste integreerimiseks on oluline direktiivist tulenev kohustus tagada rahvusvaheliste kohustuste ning siseriiklikest ja Euroopa Liidu tasandil kehtivatest õigusnormidest, määrustest, otsustest ning kollektiivlepingutest järgimine liikmesriikide poolt. Põhjenduspunkti kohaselt ei tohiks olla takistatud töötajate jaoks soodsamate töötingimuste kohaldamist. Asjaomaseid meetmeid tuleb kohaldada kooskõlas riigihanke üldpõhimõtetega. Eelkõige rõhutatakse võrdse kohtlemise põhimõtet.

Tööjõuränne iseenesest on mõistagi kooskõlas siseturureeglitega ja kaitstud töötajate vaba liikumisega (ELTL artikkel 45) ja teenuste osutamise vabadusega (ELTL artikkel 56). Euroopa Kohtu väljakujunenud praktika kohaselt kuulub töötajate lähetamine ELTL artikli 56 kohaldamisalasse.⁷⁶ Tööjõu vaba liikumine võimaldab töötajatel asuda tööle kõrgema tasu pakkuvasse liikmesriikidesse ja suuremate tööjõukuludega riikides.⁷⁷

Euroopa Liidu ressursside optimaalne jaotus tagatakse tootmistegurite liikumisega sinna, kus need on enim hinnatud. Tööjõud on üks tootmisteguritest, mis võib teatud piirkonnas olla väärtuslikum. Kui Itaalias ületab tööjõupakkumine nõudlust, aga Saksamaal on vastupidine olukord, siis on Euroopa Liidu seisukohast tööjõud Saksamaal väärtuslikum. Tööjõu väärtus on Euroopa Liidu siseselt maksimaalne, kui töötajatele on tagatud võimalus Euroopa Liidu siseselt liikuda sinna, kus neid enam vajatakse ja sellist liikumist ei takista diskrimineerimine rahvuslikul alusel.⁷⁸

Töötajate kaitse ühitamiseks siseturu vabadustega võtsid Euroopa Parlament ja nõukogu 16. detsembril 1996 vastu direktiivi 96/71/EÜ töötajate lähetamise kohta seoses teenuste

⁷⁴ Rahandusministeerium. Riigihangete juhised. Tallinn 2014., lk 9. Arvutivõrgus: https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=15617&folderId=431009&name=DLFE-32501.pdf (01.05.2017).

⁷⁵ Barnard, C. EC Employment Law, lk 275.

⁷⁶ EKo 24.01.2002, C-164/99, *Portugaia Construções*. EKo 17.11.2015, C- 115/14, *RegioPost*.

⁷⁷ Kuipers, J-J. The social dumping debate in Luxembourg: the Laval case before the European Court of Justice. – Cambridge Student Law Review, 2008/4, No2, lk 238.

⁷⁸ Craig, P. EU Administrative Law. Oxford: Oxford University Press 2006, lk 546-547.

osutamisega (edaspidi direktiiv 96/71/EÜ, lähetatud töötajate direktiiv).⁷⁹ Seda on hiljuti täiendatud jõustamisdirektiiviga.⁸⁰ Eesti õigusesse on mõlemad viidatud direktiivid üle võetud Eestisse lähetatud töötajate töötingimuste seadusega⁸¹.

Töötajate vaba liikumist tuleb eristada ELTL artiklil 56 põhinevast teenuste osutamise vabadusest. Töötajate vaba liikumine annab kõikidele kodanikele õiguse liikuda töötamise ja elamise eesmärgil vabalt ühest liikmesriigist teise ning kaitseb töötajaid diskrimineerimise eest tööhõive, töötasu ja muude töötingimuste osas võrreldes vastuvõtva riigi kodanikega. Teenuste osutamise vabadus annab seevastu aga ettevõtetele õiguse osutada teenuseid teises liikmesriigis. Selleks võivad nad lähetada oma töötajaid teenuste osutamiseks vajalike tööde tegemiseks ajutiselt teise liikmesriiki. Selles tähenduses lähetatud töötajad on hõlmatud direktiiviga 96/71/EÜ.⁸²

Lähetatud töötajate isikulisse kohaldamisalasse jäävad (ehk lähetatud töötajad direktiivi kohaselt) isikud, kes ajutiselt asuvad tööle teise liikmesriiki (vastuvõttev liikmesriik) kui see, kus nad tavaliselt töötavad. Sõltumata töölepingule kohaldatavast õigusest, peab tööandja tagama lähetatud töötajale vastuvõtvas riigis järgmisi töötingimusi: 1) tööaeg; 2) puhkeaeg; 3) töötasu miinimum ja ületunnitöö hüvitamine; 4) põhipuhkuse kestus; 5) võrdne kohtlemine ja võrdsed võimalused; 6) renditöö tingimused (ELTTS § 4 lg 2, § 5 lg 1, lähetatud töötajate direktiivi art 3 lg 1 p-id a-g). Need tingimused võivad direktiivi 96/71/EÜ art 3 kohaselt olla sätestatud õigusaktiga, üldkohaldatava kollektiivlepinguga (autori rõhutus) või vahekohtu otsusega.

Seega jääb direktiivi kohaldamisalasse ka töötasu miinimum (palga alammäär) ja isikulisse kaitsealasse töötajad, kes asuvad teise liikmesriiki teenuseid osutama hankelepingu täitmise raames. See on oluline riigihankelepingute täitmisel, kus kasutatakse teenuse osutamiseks

⁷⁹ Euroopa Parlamendi ja nõukogu 16.12.1996 direktiiv 96/71/EÜ töötajate lähetamise kohta seoses teenuste osutamisega. - ELT L 018, 21.01.1997, lk 1–6. Direktiivi muutmine on Euroopa Komisjonis arutelu all. Vt. European Commission. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services - COM(2016)128. Arvutivõrgus: file:///C:/Users/rety.estorn/Downloads/COM_2016_128_F1_PROPOSAL_FOR_A_DIRECTIVE_EN_V8_P1_8_42424.pdf (01.05.2017).

⁸⁰ Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/67/EL, 15. mai 2014, mis käsitleb direktiivi 96/71/EÜ (töötajate lähetamise kohta seoses teenuste osutamisega) jõustamist ning millega muudetakse määrust (EL) nr 1024/2012, mis käsitleb siseturu infosüsteemi kaudu tehtavat halduskoostööd („IMI määrus”). – ELT L159, lk 11-31.

⁸¹ Eestisse lähetatud töötajate töötingimuste seadus. – RT I, 07.12.2016, 2. (ELTTS)

⁸² Euroopa Komisjon. Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv direktiivi 96/71/EÜ (töötajate lähetamise kohta seoses teenuste osutamisega) jõustamise kohta. COM(2012) 131. Arvutivõrgus: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2012/ET/1-2012-131-ET-F1-1.Pdf> (01.05.2017).

lähetatud töötajaid direktiivi 96/71/EÜ tähenduses. Direktiivi eesmärk on selle põhjenduspunkti 5 kohaselt riikidevahelise teenuste osutamise edendamine ausa konkurentsi tingimustes, tagades samal ajal töötajate õiguste kaitse.

Lähetatud töötajate direktiiv ei ole riigihankeõiguse lepingute täitmise olukorras kohaldatav, kui pakkuja ei plaani töötajaid teenuse osutamiseks hankija asukohariiki lähetada, vaid pakkuja kasutatava alltöövõtja töötajad osutavad hankelepingu esemeks olevaid teenuseid alltöövõtja, mitte hankija, auskohariigis.⁸³ Kuivõrd kaasuse asjaoludest nähtus selgelt, et pakkuja ei kavatsenud töötajaid Saksamaale lähetada, oli Euroopa Kohtu otsus oodatav ning ka põhjendatud ja õige.⁸⁴

Samas näeb direktiiv ette minimaalse kaitsetaseme. Vastuvõtval riigil ei ole varasema Euroopa Kohtu praktika kohaselt seega võimalik seada tingimusi teises riigis teenust osutavatele töötajatele. Autor leiab, et selline seisukoht on õige.

RegioPost kaasuses oli taas küsimuse all palganõude kooskõla teenuste osutamise vabadusega.⁸⁵ Kuigi kaasuses puudus esmapilgul piiriülene huvi (see küsimus oli ka kohtu ees), st vaidlus piirdus ühe liikmesriigiga, siis leidis kohus on pädev tegema otsuse ELTL artikkel 56 alusel.⁸⁶ Oluline rakendamise seisukohast on, et kohus lisas täiendavalt, et meetme kooskõla analüüsimisel ELTL artikliga 56, tuleb arvesse võtta kaasuse asjaolusid igakordselt.

Kaasuse asjaolude kohaselt avaldas Landau linn Saksamaal teate hankelepingu täitmiseks postiteenuste sektoris. Pakkujad, kes soovisid hankes osaleda, pidid deklaratsioonivormis kinnitama, et nõustuvad maksma töötajatele lepingu esemeks oleva töö tegemise eest vähemalt liidumaa kehtivates õigusnormides ette nähtud miinimumpalka. Samuti hankelepingu täitmise korral alltöövõtjat poolt või vahendaja lähetatud ajutiste töötajate poolt

⁸³ EKo 18.09.2014, C-549/13, *Bundesdruckerei*, p-id 25-27. Eelotsuse küsimuse täpne sõnastus direktiivi 96/71/EÜ puudutavas osas oli järgnev: “Kas direktiivi 96/71/EÜ artikli 3 lõikega 1 on vastuolus siseriiklik õigusnorm ja/või riigihankelepingu tingimus, mille kohaselt pakkuja, kes soovib sõlmida riigihankelepingut või juba väljakuulutatud riigihanke lepingut, alltöövõtja asub mõnes muus Euroopa Liidu liikmesriigis ning alltöövõtja töötajad osutavad asjaomase hankelepingu esemeks olevaid teenuseid ainult alltöövõtja asukohariigis?”

⁸⁴ Brown, A. The lawfulness of a national rule requiring a subcontractor of a bidder for a public contract to pay its workers a minimum wage, even where the services will be carried out exclusively in a lower-cost third country: case C-549/13 *Bundesdruckerei GmbH v Stadt Dortmund*. – *Public Procurement Law Review* 2015, No 1, lk 20.

⁸⁵ Costamagna, F. Minimum wage between public procurement and posted workers: anything new after the *RegioPost* case? – *European Law Review* 2017/42, No 1, lk 108.

⁸⁶ EKo 17.11.2015, C-115/14, *RegioPost*, p-id 45-50.

või alltöövõtja vahendustevõtte poolt tagama, et seadusest tulenevad [töötasu] nõuded on tagatud.⁸⁷

Oli selge, et Saksamaal ei kehtinud hanke väljakuulutamise ja hankemenetluse ajal üldist miinimumtasu nõuet ega ka üldiselt kohaldatavat kollektiivlepingut, mis hõlmaks töösuhteid ja –tingimusi postiteenuste sektoris.⁸⁸ Vastavalt hanketeates esitatud tingimusele pidi pakkuja täitma seadusest tuleneva nõude, mille kohaselt riigihankelepinguid sai sõlmida ainult ettevõtetega, kes kinnitavad pakkumuse esitamisel kirjalikult, et kohustuvad oma töötajatele tööde tegemise eest maksma vähemalt 8,5 euro (bruto) suurust miinimumtunnitasu. Hankijal oli õigus kõrvaldada pakkuja, kui ta ei esitanud kinnitust, et peab esitatud kohustusest kinni.⁸⁹

Seadus, millest tulenes miinimumtasu maksmise kohustus, märkis selle nõude eesmärgiks hankelepingute sõlmimisel konkurentsi moonutamise vastu, mis tuleneb madalapalgaliste töötajate kasutamisest, ja leevendada sotsiaalkindlustussüsteemi koormust.⁹⁰

Tegelikkuses ei ole piiriüleste hankelepingute sõlmimise arv Euroopa Liidu hankemenetluses suur, jäädes mõne protsendi juurde. Sealjuures küll kaudne piiriülene hankelepingute sõlmimine läbi hankija asukohariigi tütarettevõtete on mõnevõrra kõrgem. Siiski jääb ka see number alla 15%. Võrreldes erasektoriga, kus piiriülene kaubandus on oluliselt ulatuslikum, on ruumi arenguks.⁹¹

Hankedirektiivi põhjenduspunkt 98 rõhutab, et direktiivi 96/71/EÜ kohaldamisalasse jäävaid põhilisi töötingimusi, nagu miinimumpalk, käsitlevad nõuded peaksid jääma tasemele, mis on kehtestatud siseriiklikus õiguses või kollektiivlepingutes, mida kohaldatakse kooskõlas Euroopa Liidu õigusega direktiivi 96/71/EÜ raames.

Õiguskirjanduses on leitud, et kuigi Euroopa Liidu tööõiguse loomine on töötajaid mõistagi kaitsnud, on Euroopa Liidu siseturu vabadused ja konkurentsi sätted ohustanud siseriiklikku töötajate kaitset. Selle väite esitamisel toetutakse *Viking* ja *Laval* kaasustele.⁹²

⁸⁷ EKo 17.11.2015, C- 115/14, *RegioPost*, p 23.

⁸⁸ EKo 17.11.2015, C- 115/14, *RegioPost*, p 5.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ EKo 17.11.2015, C-115/14, *RegioPost*, p-id 7-8.

⁹¹ European Commission. GREEN PAPER on the modernisation of EU public procurement policy. Towards a more efficient European Procurement Market. COM(2011) 15. Arvutivõrgus – <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0015&from=EN> (01.05.2017).

⁹² Barnard, C. EU Employment Law and the European Social Model: The Past, The Present and the Future. – Current Legal Problems 2014/67, No 1, lk 218-219.

Barnard leiab, et hankedirektiiv pakub, tema sõnu kasutades „huvitava“, võimaluse kasutada riigihangete turgu tagamaks nii siseriiklike, Euroopa Liidu kui ka ILO tööõiguslaste reeglite kohaldamise, lubades samal ajal liikmesriikidel nõ. eksperimenteerida sotsiaalsete kaalutluste rakendamisel.⁹³

1.4. Palgatingimuste kooskõla riigihanke üldpõhimõtetega

Lisaks ELTL-is sätestatud põhimõtete järgimisele hankelepingute sõlmimisel, tuleb hankedirektiivi põhjenduspunkti 1 kohaselt järgida nendest omakorda tulenevaid põhimõtteid – võrdne kohtlemine, mittediskrimineerimine, vastastikune tunnustamine, proportsionaalsus ja läbipaistvus. Need omavahel põimunud põhimõtted kohalduvad nii lepingutele, mis on direktiivide kohaldamisalas, kui ka sellest väljaspool.⁹⁴

ELTL-ist tulenevaid vabaduse põhimõtete järgimise nõudeid ja nendest omakorda tulenevaid eelpool nimetatud riigihanke üldpõhimõtteid saaks mõistagi käsitleda ühtsena, kuivõrd need on omavahel lahutamatult seotud. Samuti tuleb riigihanke üldpõhimõtteid järgida alati riigihankelepingute sõlmimisel ja hankemenetluse läbiviimisel.⁹⁵ Käesolevas töös on autor leidnud, et põhjendatud on käsitleda töö esimeses peatükis riigihangete üldpõhimõtteid ka järgneva analüüsi võimaldamiseks.

Nii riigihankeõigus kui ka konkurentsõigus on olulised Euroopa Liidu tegevuse ja poliitika elluviimisel ja seadusandluses. Selle olulisust ühtse siseturu ülesehitamisel on võimatu üle hinnata. Neile tugineb siseturu regulatsioon, tagades võrdsed võimalused ühtsel turul ja ELTL-is sätestatud põhivabaduste saavutamise. Algselt nähti, et riigihankeõigus ja konkurentsõigus tegelevad erinevate eesmärkide saavutamisega. See tuleb ka sellest, et traditsiooniline vahetegu avaliku ja erafääri vahel hägustub.⁹⁶

Kohustus järgida võrdse kohtlemise põhimõtet on riigihankedirektiivide kandvaks mõtteks, kuna kõnealuste direktiivide eesmärk on eelkõige tõhusa konkurentsi edendamine

⁹³ Barnard, C. EU Employment Law and the European Social Model, lk 220.

⁹⁴ de Mars, lk 317.

⁹⁵ Simovart, M.A. Riigihanke üldpõhimõtetest tulenevad hankelepingu sisupiirangud. Näiteid vaidlustuskomisjoni praktikast. – Juridica 2012/2, lk 83.

⁹⁶ Graells, lk 3-7.

valdkondades, mis on nende kohaldamisalas, ja mis niisuguse konkurentsi tagamiseks kehtestavad hankelepingu sõlmimise kriteeriumid.⁹⁷

Lepingu sõlmimisel on võrdsuse põhimõtte tagamiseks eelkõige oluline tagada läbipaistvus läbi selle, et kõiki pakkujaid teavitatakse kriteeriumidest ja korrast, mida lepingu sõlmimise otsuse tegemisel kohaldatakse. Võrdne kohtlemine hõlmab endas diskrimineerimise keeldu ja seetõttu võib mittediskrimineerimise põhimõtet pidada võrdse kohtlemise põhimõttega koos käsitletavaks.⁹⁸

Samuti tuleneb kohtupraktikast, et võrdse kohtlemise põhimõtte tähendab ka kohustust tagada läbipaistvus, et võimaldada kontrollida selle põhimõtte järgimist. Läbipaistvuse tagamise põhimõtte eesmärk on tagada ennekõike see, et puuduks oht, et hankija eelistab soosikuid või tegutseb omavoliliselt. See tähendab, et kõik hankemenetluse tingimused ja eeskirjad peavad olema hanketeates või hankedokumentides sõnastatud selgelt, täpselt ja ühemõtteliselt.⁹⁹

Bundesdruckerei kaasuses avaldas Dortmundi linn Saksamaal Euroopa Liidu ülese hanketeate dokumentide ja andmete digitaliseerimiseks väärtusega ligi 300 000 eurot. Hankedokumendid viitasid kohalikule seadusele, mille kohaselt võis hankelepinguid sõlmida ainult ettevõtetega, mis kirjalikult kinnitavad, et maksavad töötajatele viidatud seaduses ette nähtud miinimumpalka. Kõiki pakkujaid ja nende alltöövõtjaid kohustati seega maksma vähemalt kohalikus seaduses sätestatud miinimumpalka.¹⁰⁰

Üks pakkujatest teavitas hankijat, et keeldub kinnitust andmast. Ettevõtte soovis kasutada Poolas asuvaid töötajaid. Ettevõtte põhjendas, et hankedokumentides nõutud miinimumpalga nõue ei kehtinud Poolas ega ole ka Poola elatustasemega kooskõlas. Pakkuja soovis, et hankija kinnitaks, et kohaliku miinimumpalga järgimine ei ole kohustuslik Poola töötajatele.¹⁰¹

Hankija teavitas pakkujat, et peab järgima kohalikku seadust. Hankija argumenteeris, et kohalikus seaduses on kehtestatud nõue maksta miinimumtasu kohaliku sotsiaalkindlustussüsteemi koormamise vältimiseks.¹⁰²

⁹⁷ EKo 17.09.2002, C-513/99, *Concordia Bus*, p 81.

⁹⁸ Ojasalu, lk

⁹⁹ EÜKo 19.03.2010, T-50/05, *Evropaïki Dynamiki vs komisjon*, p-id 57-58.

¹⁰⁰ EKo 18.09.2014, C-549/13, *Bundesdruckerei*, p 8.

¹⁰¹ EKo 18.09.2014, C-549/13, *Bundesdruckerei*, p 10.

¹⁰² EKo 18.09.2014, C-549/13, *Bundesdruckerei*, p 30.

Kohus kinnitas esmalt, et põhimõtteliselt on võimalik töötajate kaitse eesmärgil ja sotsiaalse *dumpingu* vältimiseks vaidlusaluse miinimumpalga nõude kehtestamine.¹⁰³ Siiski leidis kohus, et võttes arvesse kaasuse asjaolusid, oli meede siiski ebaproportsionaalne. Kohtu põhjenduste kohaselt kohaldus miinimumpalga nõue ainult hankелеpingutele, aga puudus informatsioon, et erasektoris töötavad isikud ei vaja samasugust kaitset töötasu osas. Kohus lisas, et puudus mistahes seos Poola elukalliduse tasemega.¹⁰⁴

Rüfferti ja *Bundesdruckerei* kaasustes oli palgatingimus vastuolus proportsionaalsuse põhimõttega ning seetõttu ei olnud selline meede kohtu arvates sobiv sotsiaalse *dumpingu* vältimiseks.

Concordia kaasuses pidas kohus lubatavaks pakkumuse hindamise kriteeriumina horisontaalseid eesmäärke. Kohus rõhutas seejuures, et keskkonnahoidlikud horisontaalsed eesmärgid peavad olema kooskõlas kõigi aluspõhimõtetega, eelkõige mittediskrimineerimise põhimõttega. Kohus viitas tagasi *Beentjes* kaasusele.¹⁰⁵

Põhikohtuasjas kõne all olevat töötasu kaitse meedet ei saa õigustada ka sotsiaalkindlustussüsteemide stabiilsuse eesmärgiga. Seda eesmärki ei toodud menetluses välja ja pealegi ei näi põhjendatud, et selle meetme kohaldamine asjaomaste Poola töötajate suhtes on vajalik, et takistada Saksa sotsiaalkindlustussüsteemi olulise kahjustamise ohtu. Kui nendele töötajatele ei oleks makstud kohast töötasu ja seetõttu olnuks nad ostujõu miinimumtaseme säilitamiseks sunnitud kasutama sotsiaalkindlustust, siis oleks neil olnud õigus Poola sotsiaaltoetustele. Ilmselgelt ei oleks selle tagajärjel koormatud Saksa sotsiaalkindlustussüsteemi.¹⁰⁶

Lahendid *Rüffert*, *Bundesdruckerei* ja *RegioPost* käsitlesid kõik hankijate võimalust nõuda miinimumpalga kehtestamist. Euroopa Kohus ei ole arutanud sellise tingimuse rakendamise kooskõla Euroopa Liidu õigusega, mille alusel hankija soovib kõrgemate, keskmise palga suuruse tasu maksmist. Nii nagu *Rüfferti* ja *Bundesdruckerei* lahendi kohaselt ei olnud palgatingimuse seadmine kohane meede riigi sotsiaalsüsteemi koormamise vältimiseks, leiab autor, et seda ei saaks avalikes huvides õigustada maksulaekumiste soodustamisega. Keskmise palga nõude kehtestamine oleks vastuolus võrdse kohtlemise ja proportsionaalsuse põhimõttega.

¹⁰³ EKo 18.09.2014, C-549/13, *Bundesdruckerei*, p 31.

¹⁰⁴ EKo 18.09.2014, C-549/13, *Bundesdruckerei*, p-id 32-35.

¹⁰⁵ EKo 17.09.2002, C-513/99, *Concordia Bus*, p 63.

¹⁰⁶ EKo 18.09.2014, C-549/13, *Bundesdruckerei*, p 35.

Riigihankedirektiivide eesmärk on soodustada konkurentsi riigihangete valdkonnas, et tagada kolme Euroopa integratsiooni vabadust, milleks on kaupade vaba liikumine, asutamisvabadus ja teenuste vaba liikumine.¹⁰⁷

*Beentjes*¹⁰⁸ kaasuses oli konfliktiks siseriikliku tööstuse vastu võitlemise meetmete kooskõla Euroopa Ühenduse riigihanke reeglitega. Pakkumuse edukaks tunnistamise vaidlustas pakkuja, kelle pakkumus oli küll madalaima hinnaga, aga jäeti sellest hoolimata kõrvale. Pakkumuse vastavaks tunnistamise tingimuseks oli pakkumuse vastavus hankelepingu tingimusele, mis nägi ette, et tööjõust vähemalt 70% peab moodustama 70 protsenti pikaajsed töötud, kes on palgatud läbi kohaliku tööhõive asutuse. Vaidlustaja leidis, et lähetatud töötajate direktiiv välistas sellise tingimuse rakendamise.¹⁰⁹ Kohus pidi otsustama, kas selline tingimus oli direktiivi 2004/18/EÜ kohaldamisalas seoses pakkujate kvalifikatsiooniga ning kas selline tingimus on üldse lubatud ja kas selline tingimus on käsitletav õiguspärase pakkumuse hindamise kriteeriumina. Samuti seda, kas hankija on kohustatud neist enne pakkujatele teada andma.¹¹⁰

Euroopa Kohus rõhutas, et direktiiv 2004/18/EÜ ei reguleeri ammendavalt riigihankeõigusega seotud küsimusi liikmesriikides. Pikaajsete töötutega seotud küsimus on lähetatud töötajate direktiivi kohaldamisalas. Selline meede on seaduslik ainult siis, kui see on läbipaistev ja kooskõlas Euroopa Liidu põhimõtetega. Euroopa Kohus ei andnud hinnangut, kas rakendatud tingimused olid diskrimineerivad, vaid jätsid selle siseriiklike kohtute otsustada.¹¹¹

Euroopa Kohtu lahendi kvaliteeti *Beentjes* kaasuses kritiseeriti teravalt selle põhjenduste lühiduse tõttu seoses vaidlusaluse sätte kooskõlaga direktiiviga 2004/18/EÜ ja Euroopa Liidu õigusega üldiselt. Kuigi paljud õigusteadlased asusid seisukohale, et kohtu hinnangul ei olnud välistatud täiendavate lepingutingimuste lisamine horisontaalsete eesmärkide saavutamiseks, ei võtnud kohus konkreetset seisukohta vaidlusaluse töötuse vähendamist soosiva sätte legitiimsuse suhtes. Seda hoolimata sellest, et võitlus pikaajse töötuse vastu ja noorte

¹⁰⁷ Kohtujurist Colomberi 05.06.2001 ettepanek kohtuasjades C-285/91 ja C-286/91, p 24. Läbi Ojasalu, T. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus. Konkurentsi tagamise põhimõte. – *Juridica* 2007/8, lk 565.

¹⁰⁸ EKo 20.09.1988, C-31/87, *Beentjes*.

¹⁰⁹ McCrudden, lk 322.

¹¹⁰ McCrudden, lk 323. O’Leary, lk 108.

¹¹¹ *Ibid.*

inimeste tööjõuturule kaasamine oli Ühenduse majandusliku ja sotsiaalse ühtekuuluvuse olulisemaid eesmärke.¹¹² Samuti kardeti sellest tulenevaid tagajärgi.

Euroopa Kohus on mitmetes lahendites rõhutanud, et liikmesriikide kohtud peavad selgitama välja, kas asjakohased siseriiklikud reeglid lähtuvad lähetatud töötajate huvidest või on nende tegelik eesmärk kaitsta kodumaised ettevõtjaid. Samuti peavad reeglid olema proportsionaalsed lähetatud töötajate kaitsmise eesmärgi suhtes. See tähendab, et liikmesriigi sotsiaalsete- ja tööõiguse alastes õigusaktides sätestatud eesmärke tuleb kaaluda teenusepakkuja administratiivse ja rahalise koorma suhtes. Proportsionaalsuse põhimõttest tulenevalt ei tohi olla ka vähem piiravaid meetmeid eesmärgi saavutamiseks ning ei piisa sellest, et õigusakti üldine eesmärk on töötajate kaitse, vaid tuleb ära näidata, et seaduse kohaldamine on ka tegelikult lähetatud töötajate huvides.¹¹³

Sotsiaalsete kaalutluste, sealhulgas töö- ja palgatingimustega seotud kaalutluste, rakendamisel riigihankeõiguses ei ole aga alati küsimus selles, et hankijad ei oska või ei julge vastavaid meetmeid kasutada. Euroopa Liidu riigihanke üldpõhimõtete järgimise seisukohast osutub problemaatiliseks tihti hoopis see, et Euroopa Liidu regulatsioonile ei pöörata piisavalt tähelepanu. Hankijad eeldavad, et nende meetmed on kooskõlas hanke üldpõhimõtetega või ei mõtle sellele üldse. Sellest tulenevalt on uurimustes järeldestele jõutud, et Euroopa Liidu regulatsiooni mõju otsustele, millises etapis töölaseid kaalutlusi rakendada või kuidas seda teha, võib seetõttu olla üsna väike.¹¹⁴

¹¹² O'Leary, S. *Employment Law and the European Court of Justice*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2002, lk 108.

¹¹³ O'Leary, lk 106-107.

¹¹⁴ Aspey, E. *Labour Considerations in EU procurement: a Study of UK Utilities*. – *European Law Review* 2012/37, No 3.

2. Palgatingimused hankemenetluses ja hankelepingu eritingimustes

2.1. Palgatingimuste seadmine hankemenetluses

Isegi kui võtta omaks tõekspidamine, et majanduslike, sotsiaalsete ja keskkonnasäästlike eesmärkide tasakaalustamine on oluline ja vajalik, tõusetuvad rakendamisel mitmed küsimused.

Järgnevalt käsitletavad hankemenetluse etapid võimaldavad kõik arvesse võtta sotsiaalseid kriteeriume.¹¹⁵ Allpool analüüsitakse, kas see kehtib ka palgatingimuste kohta ning millised on erinevate etappide võimalikud eelised ning kohalduvad piirangud.

Tingimuste seadmisel tuleb igas etapis arvestada kaalutusõiguse piirangutega tulenevalt esimeses peatükis käsitletud Euroopa Liidu aluspõhimõtetest ning riigihanke üldpõhimõtetest. Lisaks peavad tingimused olema seotud hankelepingu esemega.

Järgnevalt käsitletakse ka kohustuslikku instrumenti palgatingimuste kui sotsiaalse meetme kohaldamiseks. Selleks on käesoleva töö raames põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse kontrollimise ja tagasilükkamise nõue. Samuti analüüsitakse vabatahtlikke võimalikke rakendusi hankemenetluse eri etappides ja hankelepingu eritingimustes.

2.1.1. Palgatingimuste seadmine tehnilises kirjelduses

Vastavalt hankedirektiivi artiklile 42 määratakse tehnilises kirjelduses kindlaks ehitustöö, teenuse või asja nõutavad omadused. Tehniline kirjeldus sätestab hankija vajadused detailselt ja seetõttu võib öelda, et avab hanke eseme.¹¹⁶ Hankijal on alati vabadus määratleda hankelepingu ese. Näiteks võib hankija valida, kas ta soovib tavalist koolitust või e-koolitust. Samuti võib ta valida, kas ta soovib osta plast- või terastorusid.¹¹⁷ Sisuliselt toimub tehnilises kirjelduse määramisega pakkumuse vastavuse kontroll.

¹¹⁵ Martens, M. de Margerie, S, lk 11.

¹¹⁶ Martens, M. de Margerie, S, lk 11.

¹¹⁷ Rahandusministeerium. Riigihangete juhised. Tallinn 2014, lk 58. Arvutivõrgus - https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=15617&folderId=431009&name=DLFE-32501.pdf (01.05.2017).

Piirang eseme määratlemisel tuleneb konkurentsi põhimõttest. Seega hankelepingu ese ei tohi siiski põhjendamatult takistada hankemenetluse avamist konkrentsile. Hankedirektiivi põhjenduspunkti 74 kohaselt peavad tehnilised kirjeldused võimaldama nii avatust konkrentsile kui ka jätkusuutlikkusega seotud eesmärkide saavutamist. Põhjenduspunkt 94 toob esile, et tehnilistes kirjeldustes võivad avaliku sektori hankijad esitada selliseid sotsiaalseid nõudeid, mis otseselt iseloomustavad asjaomast asja või teenust.

Hankedirektiivi lisa VII sätestab avatud loetelu tunnustest, mida võib käsitleda tehnilises kirjelduses. Asjade või teenuste oluliste tunnuste avatud loetelu sisaldub ka kehtivas riigihangete seaduses. Sellise nõudena on aktsepteeritud puuetega inimeste ligipääsu- või kasutamisevõimalus, mis on eraldi välja toodud nii lisa VII kui ka hankedirektiivi põhjenduspunktis 99.

Riigihangete seaduse eelnõus ei ole tehnilise kirjelduse olemust võrreldes siseriiklikult kehtiva regulatsiooniga muudetud. Tehniline kirjeldusena käsitletakse asjadele, teenustele või ehitustöödele esitatavate nõuete selge, täpne ja täielik määratlus. See peab võimaldama pakkujal leida oma nõuetele vastav lahendus. Esitada tuleb miimumnõuded vastavaks tunnustatavale pakumusele.¹¹⁸

Euroopa Komisjon on varasemalt avaldanud, et tehnilistes kirjeldustes ei saa arvesse võtta nõudeid, mis on seotud soetatavate asjade tootmise protsessis osalevate töötajate töötingimustega, sest need ei ole hankedirektiivi mõistes tehnilised kirjeldused. Nõuded peavad olema seotud toote omaduste või toimivusega (nt taaskasutatav materjal) või toodete tootmisprotsessiga (nt mahepõllumajanduslik kasvatamine).¹¹⁹ Seega komisjon leiab et töötajate töötingimuste ja palgatingimuste seos on liiga kaudne. Õiguskirjanduses on samuti leitud, et õiglase tasu maksmise tingimuse seos hankelepingu esemega tehniliste tingimuste seadmisel on liiga kaudne.¹²⁰

Tehnilise kirjelduse koostab hankija selleks, et kirjeldada detailselt pakkujale või taotlejale hankelepingu eset, nt selle omadusi, olulisi tunnuseid, tehnoloogiaid, kvaliteedialaseid ja keskkonnakaitselisi nõudeid.¹²¹ Tehniliste tingimuste sätete eesmärk on kinnitada, et tehnilised tingimused võivad hõlmata kõiki tunnuseid, mis määratlevad konkreetse kauba,

¹¹⁸ Seletuskiri, lk 82.

¹¹⁹ European Commission. Buying Social, lk 32.

¹²⁰ McCrudden, lk 542.

¹²¹ RKHKo 3-3-1-2-12, p 15.1.

teenuse või ehitustöö.¹²² Igasuguseid tehnilisi tingimusi seega mõistagi seada ei saa. Hankedirektiivi põhjenduspunkt rõhutab samuti, et sotsiaalne nõue peab „otseselt iseloomustama asjaomast toodet või teenust“.

Riigikohus on samuti selgitanud, et hankemenetluses tuleb eristada hankelepingu esemele ja hankes osalevale isikule esitatavaid tingimusi.¹²³ Seevastu pakkuja tehniline ja kutsealane pädevus näitab Riigikohtu hinnangul seda, kas pakkujal on hankelepingu nõuetekohaseks täitmiseks piisav vastavuse tase. Sellest järeldub, et tehniline kirjeldus on suunatud hankelepingu eseme, mitte pakkuja tehnilise ja kutsealase pädevuse kirjeldamiseks. Nõudeid pakkuja tehnilise ja kutsealase pädevuse kohta ei märgita hankelepingu eseme tehnilisesse kirjeldusse, vaid need tuleb vastavalt kehtiva RHS § 39 lõigetele 1 ja 3 ja § 41 lg-le 1 määratleda hanketeates.¹²⁴

Sotsiaalsetest ja keskkonnakaitselistest eemärkidest tulenevad tingimused, mis on seotud ehitustööde, asjade või teenuste kasutamisega, näiteks õhusaaste ja müra, on tehnilised nõuded, sest seos hankelepingu esemega on selge. Erinevalt keskkonnavaladest tehnilistest nõuetest hankedirektiivides täpsemalt sotsiaalseid tunnuseid ei mainita peale puuetega inimeste ligipääsu võimaldamise erandiga.

Õiguskirjanduses on see tõstatanud küsimuse, kas sellest tulenevalt on välistatud tingimused, mis nõuavad äraelamist võimaldavat töötasu (*living wage*) või muud tingimused, mis ei ole määratletud seaduses või kollektiivlepingus.¹²⁵ Seda hoolimata sellest, et Euroopa Kohus on töös eelnevalt viidatud kaasustes kinnitanud, et selliseid kaalutlusi saab kasutada lepingu täitmise tingimustes ning *Dutch Coffee* kaasuse kohaselt ka pakkumuste hindamise staadiumis.¹²⁶

Semple on argumenteerinud, et tehniliste tingimuste seadmise võimaluste laiendamist tuleks kaaluda seetõttu, et tehnilistele tingimustele mittevastavus on kõrvaldamise aluseks, samal ajal kui hindamiskriteeriumid pakkumuste hindamise etapis ja lepingu täitmise tingimuste mittejärgimine alati ei ole. See avab võimaluse selleks, et pakkuja, kes ei kajasta palgatingimuste nõuet pakkumuses õigesti, osutub siiski edukaks.¹²⁷

¹²² Semple, A. A Practical Guide to Public Procurement, lk 108.

¹²³ RKHKo 22.02.2012, 3-3-1-2-12, p 15.1.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Semple, A. A Practical Guide to Public Procurement, lk 108.

¹²⁶ EKo 10.05.2012, C-368/10, *komisjon vs. Madalmaad*, p 85.

¹²⁷ Semple, A. A Practical Guide to Public Procurement, lk 108.

Seda lähenemist toetab asjaolu, et *Dutch Coffee* otsuse tegemise ajal kehtisid vanad direktiivid, kuid kehtivad direktiivid võimaldavad teistsugust lähenemist. Erinevalt direktiivi 2004/18/EÜ artiklist 23 sätestab hankedirektiivi art 42 tehnilise kirjelduse kohta, et ehitustöö, teenuse või asja nõutava omaduse kirjeldamisel saab käsitleda ka tellitavate ehitustööde tegemise, asjade tootmise või teenuse osutamise protsessi, isegi kui need tegurid ei ole nende oluliseks osaks.

Selle pinnalt saaks argumenteerida, et Hankedirektiivis rõhutatakse, et avaliku sektori hankijatel on vabadus kehtestada piisavad kvaliteedistandardid, kasutades tehnilisi kirjeldusi või lepingu täitmise tingimusi.¹²⁸

Hankedirektiivi art 43 lubab tehnilises kirjelduses (aga ka pakkumuste hindamisel ja hankelepingu eritingimustes) nõuda konkreetse märgise olemasolu teatavate keskkonna-, sotsiaalsete või muude näitajatega ehitustööde, asjade või teenuste hankimisel. Õiglase kaubanduse märgised on adresseeritud üldiselt töö- ja palgatingimustele. Läbi märgiste kasutamise saab seega hankija aidata kaasa õiglase palga- ja töötingimuste edendamisele, aga mitte ise seada eraldi tingimusi. Hankedirektiivi art 43 sätestab mitmed läbipaistvusega seotud eeldused märgiste nõude kehtestamiseks tehnilises kirjelduses. Hankija peab nendega igal juhul arvestama. Sellise tingimuse seadmine võib hankijale osutuda seetõttu keeruliseks.

Kokkuvõttes ei selgu kehtivatest direktiividest kas palgatingimuste kehtestamine tehnilise kirjeldusena võiks siiski olla lubatav. Hankedirektiivide regulatsiooni analüüsides võib argumenteerida, et õiglase palga ja ka teiste töötingimuste adresseerimine tehnilistes tingimustes võiks olla lubatud.¹²⁹

Siiski, kui äraelamist võimaldava tasu tingimus võiks kõne alla tulla tehnilise tingimusena, siis nõue maksta teatud kindlat palka, oleks seotud siiski otseselt töötajatega, mitte hangitava asja, ehitustöö ega teenuse omadustega. Tootmiseprotsessi osutamise seos oleks samuti liiga kaudne. Lõpetuseks, olgugi, et tehniline kirjeldus muutub lepingu osaks, tuleb siiski eristada tehnilist kirjeldust ja lepingu täitmise eritingimusi, nagu teevad seda hankedirektiivid.

¹²⁸ Direktiiv 2014/24/EL, põhjenduspunkt 90.

¹²⁹ Lisaks pakkumuste hindamise staadiumile ja hankelepingu eritingimuste kaudu rakendamisele, mida käsitletakse alapeatükkides 2.1.3 ja 2.3.

2.1.2. Palgatingimuste seadmine kvalifitseerimise tingimusena

Pakkuja kvalitatiivse valiku alla kuulub majandusliku ja finantsseisundi ning tehnilise ja kutsealase pädevuse kontrollimine läbi kvalifitseerimise tingimuste. Samuti kuulub selle alla pakkuja kõrvaldamine.

Diskretsiooni alusel võimaldab hankedirektiiv jätta ettevõtte menetlusest kõrvale või liikmesriikidel nõuda, et ettevõtte jäetaks kõrvale, kui „hankija saab mis tahes asjaomaste vahendite abil tõendada artikli 18 lõikes 2 osutatud kohaldavate kohustuste rikkumist“.¹³⁰

Eelnõu § 95 lg 4 p 2 sätestab, et hankija võib kõrvaldada hankemenetlusest pakkuja või taotleja, kes on rikkunud õigusaktidest või kollektiivlepingust tulenevaid keskkonna-, sotsiaal- või tööõiguse valdkonnas kohaldatavaid kohustusi.

Seega kõrvaldamise kohustust ei ole eelnõus sätestatud, kuigi hankedirektiiv sellise võimaluse ette näeb. Seletuskirjas tuuakse samuti välja, et liikmesriikidele on jäetud suur kaalutlusruum, kas nõuda hankijalt igal juhul kõrvaldamist hankemenetlusest või jätta hankijale õigus igakordselt asjaolusid kaaluda ja nende põhjal otsustada kõrvaldamise vajadus. Eelnõu ettevalmistamisel arvestati sellega, et mitmed huvigrupid ja hankijad leidsid, et nende kõrvaldamise aluste osas, milles direktiiv jätab kaalutlusruumi, ei ole kõrvaldamise kohustuse seadmine Eesti õiguses vajalik.¹³¹ Eelnõu regulatsiooni kohaselt seadusandja järgis huvigruppide arvamust. Autor on seisukohal, et seaduses oleks võinud kasutada võimalust ette näha kõrvaldamise kohustus. Autori arvates võib hankija kergekäeliselt minna kõrvaldamata jätmise teed tulenevalt kartusest tõendamisprobleemide ees.

Lisaks tuleb märkida, et eelnõu säte ei sisalda hankedirektiivi art 18 lg-s 2 sisalduvat viidet rahvusvahelistele õigusaktidele (sisaldub hankedirektiivi lisas X). Eelnõu sellisest sõnastusest ei tulene, kas mõeldud on ainult siseriiklikke õigusakte või ka Euroopa Liidu ja rahvusvahelisi õigusakte. Kui ka Euroopa Liidu kohalduvate õigusaktide järgimise kohustus tuleneb Euroopa Liidu õiguse ülimuslikkusest, siis hankedirektiivi lisas X toodud rahvusvahelised õigusaktid peaksid olema viidatud. Igal juhul võiks olla see sätestatud täpsemalt, lähtudes hankedirektiivi tekstist.

¹³⁰ Hankedirektiivi art 57 lg 4 p a.Vt. hankedirektiivi art 18 lg 2 sõnastust eespool.

¹³¹ Seletuskiri, lk 93.

Ka muud kõrvaldamise alused võivad seonduda horisontaalsete eesmärkidega (näiteks kohustus kõrvaldada kuritegelikus organisatsioonis osalenud pakkuja¹³² või lapstööjõudu kasutanud pakkuja¹³³), kuid see ei ole käesoleva töö keskmes. Järgnevalt analüüsib autor täpsemalt palgatingimuste seadmise võimalust kvalifitseerimise tingimusena.

Hankedirektiivi art 58 piirab selgelt hankija võimalusi kvalifitseerimise tingimuste seadmiseks, sätestades võimalike kriteeriumide ammendava loetelu.¹³⁴ Hankedirektiivide kvalifitseerimise tingimuste säte on vahetult kohaldatav.¹³⁵ Kvalifitseerimise tingimused seatakse selleks, et tagada pakkuja õigusvõimelisus, finantssuutlikkus ning tehniline ja kutsealane suutlikkus. Teistsugused tingimused ei ole järelikult kvalifitseerimise tingimusena asjakohased.

Hankedirektiivi art 58 lg 4 kohaselt võib seoses tehnilise ja kutsealase suutlikkusega kehtestada nõudeid tagamaks, et ettevõtjal on olemas inim- ja tehnilised ressursid ning kogemused lepingu täitmiseks nõutaval kvaliteeditasemel. See tähendab hankedirektiivi kohaselt eelkõige piisava kogemuse nõuet.

Kõik kvalifitseerimise tingimused peavad olema kirjas hanketeates (RHS §-id 39 – 41). Nii ka riigihangete seaduse eelnõu kohaselt. Sellest tulenevalt peab pakkujate kvalifitseerimise üle otsustamisel kontrollima pakkujate vastavust ainult hanketeates sisalduvatele tingimustele, lähtudes tingimuste sisustamisel rangelt vastava teksti sõnastusest.¹³⁶

Euroopa Kohus on kinnitanud kaasuses *Beentjes*, et pakkuja võimekus võtta tööle pikaajaseid töötuid ei ole mingil viisil seotud pakkuja suutlikkuse kontrolliga ja ei saa seetõttu sisalduda kvalifitseerimise nõuetes.¹³⁷ See ei ole seotud ka pakkuja kogemuse olemasolu nõudega.

Ka hilisema kohtupraktika kohaselt ei ole nõue näidata, kuidas pakkuja järgib „keskkonnasäästlike ostude ja ettevõtte ühiskondlikult vastutustundliku käitumise kriteeriume” seotud tõenditega, millega määrata pakkuja tehnilist või kutsealast pädevust.¹³⁸ See nõue ei

¹³² Hankedirektiivi art 57 lg 1 p a.

¹³³ Hankedirektiivi art 57 lg p f).

¹³⁴ EKo 10.05.2012, C-368/10, *Dutch Coffee*, p 105.

¹³⁵ Bovis, C. The Law of EU public procurement. Oxford: Oxford University Press 2015, lk 413.

¹³⁶ TlnHKo 14.10.2011, 3-11-1547, lk 8.

¹³⁷ EKo 20.09.1988, C-31/87, *Beentjes*, p 28.

¹³⁸ EKo 10.05.2012, C-368/10, *Dutch Coffee*, p 106.

ole seotud ka kvaliteedi mõistega¹³⁹, mida tuleks mõista kui pakkuja toodete või teenuste tehnilist kvaliteeti.¹⁴⁰

Samas peab hankedirektiivi artikli 58 lg 1 (samuti direktiivi 2004/18/ EÜ artikli 48) kohaselt esinema seos kvalifitseerimise tingimuse ja hankelingu eseme vahel. Seega oleks kohus võinud ka järeldada, et nõue järgida ühiskondlikult vastutustundliku käitumise kriteeriume ei ole seotud lepingu esemega nagu nõuab hankedirektiiv.¹⁴¹ Seetõttu ei saa pakkujat kõrvale jätta põhjendusel, et ettevõtte ei järgi keskkonnahoidlikke või sotsiaalseid eesmäärke tegevuse juhtimisel.

Eelnevast tulenevalt ei ole võimalik ka palgatingimuste seadmine kvalifitseerimise tingimuseks. See ei oleks kooskõlas Euroopa Liidu õigusega. Kvalifitseerimise tingimusi ei saa laiendada sotsiaalsete kaalutlustega, mis seonduvad palgatingimustega. Samale järeldusele jõuti Rahandusministeeriumi tellitud analüüsis.¹⁴²

Käesoleva alapeatükis käsitletu valguses tuleks analüüsida Rahandusministeerium avaldatud järgnevat seisukoha ja selle kooskõla Euroopa Liidu õigsusega. Käesolevas alapeatükis käsitletakse eeltoodud seisukohas väljendatud hankija õigust kehtestada palgamäärasid kvalifitseerimistingimuseks. Õigust selliste tingimuste seadmiseks majandusliku soodsuse tegurina käsitletakse alapeatükis 2.1.3.

Rahandusministeeriumi esindaja avaldas : *“Eesti kohtupraktika on aga lausa jaatanud hankija õigust valida, kas kasutada majandusliku soodsuse tegurina või hoopis kvalifitseerimistingimuseks bussijuhtidele nii liini- kui ka veoseveol kollektiivlepingutega kehtestatud palga määra, mis on miinimumpalgast kõrgem. Ehk majandusliku soodsuse kasutamisel saab kõrgemad punktid pakkumus, mille puhul pakkuja ei ole lähtunud miinimumpalgast, vaid hoopis laiendatud kollektiivlepinguga kehtestatud bussijuhtide palgamäärast. Kui hankija kasutab siiski odavaima hinna meetodikat, saab ta kehtestada kvalifitseerimistingimuse, mille kohaselt vastavad nõuetele ainult need pakkujad, kes*

¹³⁹ Direktiivi 2004/18/EÜ art 48 lg 2 p c, mille kohaldamisala vaidlus puudutas, sätestas ühe vahendina, mida võib ettevõtte suutlikkuse tõendamiseks kasutada: „*tarnija või teenuseosutaja poolt kvaliteedi tagamiseks kasutatud tehniliste seadmete ning ettevõtte töö uurimise ja analüüsimise vahendite kirjeldus*“.

¹⁴⁰ Kotsonis, T. Commission v Netherlands (C-368/10): environmental and fair trade considerations in the context of a contract award procedure. – Public Procurement Law Review, 2012, 5, lk 241.

¹⁴¹ Arrowsmith 2014, vnr 12-33.

¹⁴² Lätt, P. Fels, E, lk 10.

maksavad bussijuhtidele laiendatud kollektiivlepingu järgset palka, mitte pelgalt miinimumpalka.”¹⁴³

Rahandusministeeriumi viide kohtupraktikale on õige. Kohtulahenditest nähtub, et Eesti hankepraktikas on pakkuja kvalifitseerimise raames tehnilisele ja kutsealasele pädevusele esitatud näiteks tingimus, mille kohaselt peab pakkuja olema „viimase kolme aasta jooksul kinni pidanud Autoettevõtete Liidu (AL) ja Eesti Transpordi- ja Teetöötajate Ametiühingu (ETTA) vahelises laiendatud kollektiivlepingus (ÜTK) sätestatud töötajate palga alammääradest ning töö- ja puhkeaja nõuetest“.¹⁴⁴ Samas rakendatakse palgaga seotud tingimusi ka pakkumuste hindamise etapis majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamiseks.¹⁴⁵

Tegemist on transpordisektorit puudutava vaidlusega, täpsemalt maakonnaliinide teenindamiseks välja kuulutatud hankega. Kohus juhtis tähelepanu sellele, et laiendatud kollektiivlepingu sõlmimisel leppisid Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium, Autoettevõtete Liit ja Eesti Transpordi- ja Teetöötajate Ametiühing muuhulgas kokku selles, et riigihankekonkurssidel kvalifitseerumise ja avaliku teenindamise lepingute sõlmimise üheks kriteeriumiks on kollektiivlepingutega laiendatud bussijuhtide palga alammäärade ning töö- ja puhkeajanõuete täitmine, samuti igakülgse abi osutamine hankijale kriteeriumi vastavuse kontrollimiseks.¹⁴⁶

Autori arvates ei ole sellise kvalifitseerimistingimuse seadmine kooskõlas riigihankedirektiivide regulatsiooniga. Tegemist ei ole kutsealasele pädevuse esitatud tingimusega. Enamasti on vaidlused seoses tööjõuga kvalifitseerimisel seotud töötajate kutsealase pädevusega.¹⁴⁷

¹⁴³ Arvutivõrgus: <http://online.le.ee/2014/07/15/rahandusmin-isteeriumi-vastulause-hankija-ei-pea-leppima-alapakkumisega/> (01.05.2017). Seisukoht on avaldatud vastulausena Lääne Elu juhtkirjale, milles kritiseeriti riigihangete süsteemi, milles peamine kriteerium on hind. Leiti, et selle tõttu ei ole tagatud vajalik kvaliteet. Viidatud juhtkiri on arvutivõrgus kättesaadav: <http://online.le.ee/2014/07/09/juhtkiri-probleemne-riigihange/> (01.05.2017).

¹⁴⁴ TlnRKO, 25.02.2012, 3-12-326, p 1.

¹⁴⁵ TlnHKO 15.07.2016, 3-16-1158; TrtRnKo 16.05.2012, 3-12-351.

¹⁴⁶ TlnRKO, 25.02.2012, 3-12-326, p 2.

¹⁴⁷ Hilisemast kohtupraktikast nt. TlnRnKo 18.11.2016, 3-16-1970; TlnRnKo 12.08.2016; 3-16-839; TlnHKO 26.07.2016, 3-16-1262.

Autor toob välja seoses viidatud Rahandusministeeriumi seisukohaga, et kvalifitseerimise kui mingile tingimusele vastavust on juba kontrollitud kvalifitseerimise etapis, siis ei saa see omakorda olla hindamiskriteerium.¹⁴⁸

2.1.3. Palgatingimused hindamiskriteeriumina pakkumuste hindamise etapis

Madalaima hinna kriteeriumi kasutamise puhul tuleb edukaks tunnistada selle kvalifitseeritud pakkuja pakkumus, milles pakutakse madalaimat hinda.¹⁴⁹ Seega on horisontaalsete eesmärkide arvesse võtmise eelduseks majanduslikult soodsaima pakkumuse hindamiskriteerium. Järgnevalt toodud pakkumuse hindamiskriteeriumi seadmise statistikast Eestis nähtub, et enamasti kasutatakse madalaima hinna kriteeriumit.

Sarnaselt varasemate aastatega kasutati Eestis ka 2016. aastal hindamiskriteeriumina valdavalt madalaimat hinda. Seejuures oli majandusliku soodsuse kriteeriumi osakaal kõigest 16%.¹⁵⁰ Arengut majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamise suunas ei ole toimunud – aastatel 2007 – 2011 läbiviidud riigihangetel oli madalaima hinna ja majanduslikult soodsaima kriteeriumi osakaal vastavalt 86% ja 14%¹⁵¹ ning võrreldes 2015. aastaga tõusis majandusliku soodsuse kriteeriumi kasutatavus 1 % võrra¹⁵². Keskkonnahoidlikke tingimusi kasutatavate menetluse osakaal oli kõigest 6 %, jäädes samuti võrreldes 2015. aastaga muutumatuks.¹⁵³

Kui hankija hindab pakkumusi madalaima hinna kriteeriumi alusel, saab ta võtta arvesse ainult maksumust (RHS § 50 lg 3). Järelikult omistavad hankijad tähtsust eelkõige hanke hinnale. Kehtiv RHS sätestab § 31 lg-s 3, et hankija võib sõlmida hankelepingu üksnes madalaima hinnaga pakkumuse alusel juhul, kui täidetud on tingimus, et pakkumuse

¹⁴⁸ Semple, A Practical Guide to Public Procurement, lk 199.

¹⁴⁹ Arrowsmith 2014, vnr 7-166.

¹⁵⁰ 2016. aasta riigihangete kokkuvõte. 17.03. 2017. Arvutivõrgus: https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216043&folderId=518320&name=DLFE-38701.pdf (01.05.2017).

¹⁵¹ Karindi- Kask, E. Hankelepingu sõlmimine majanduslikult kõige soodsamatel tingimustel. Rahandusministeeriumi analüüs, lk 1. Arvutivõrgus: https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216053&folderId=134422&name=DLFE-24601.pdf (01.05.2017).

¹⁵² 2016. aasta riigihangete kokkuvõte.

¹⁵³ 2016. aasta riigihangete kokkuvõte.

majanduslik soodsus hankija jaoks sõltub üksnes pakkumuse hinnast.¹⁵⁴ Seaduse tekstist nähtuvalt on eelistatud majanduslikult soodsaim pakkumus, s.o pakkumus, mille puhul võetakse arvesse ka teisi kriteeriume peale hinna.

Sellest hoolimata ei vasta praktika seaduses sätestatule. Õigustatult tõusetub küsimus, kas tõesti rohkem kui 80 % juhtudest põhineb pakkumuse majanduslik soodsus vaid hinnal. Rahandusministeerium ei ole sellest mööda vaadanud ning teadvustab, et tõenäoliselt tuleneb madalaima hinna kriteeriumi kasutamine hankija teadmatusest, oskamatuses seada hindamiskriteeriume ja hirmust vaidlustuste ees.¹⁵⁵ Madalaima hinna liiga suur osakaal viitab Euroopa Komisjoni arvates, et oleks olnud võimalik kasutada paremaid kriteeriume ja seeläbi teha parem ost.¹⁵⁶

2016. aasta kohta avaldatud andmete juures tuleks meele pidada, et II kuni IV kvartalis kehtisid Eesti suhtes uued direktiivid, milles on võrreldes varasemaga regulatsiooni oluliselt muudetud.¹⁵⁷ Selgelt on suurem rõhk kvalitatiivsetel kriteeriumidel, sealhulgas horisontaalsetel. Direktiivides ei ole enam toodud esile alternatiivset võimalust lähtuda madalaimast hinnast. Arvestades 2016. aasta statistikat, ei mõjutanud uute direktiivide regulatsioon selles küsimuses hankijaid. See on arusaadav, sest hankijad lähtuvad endiselt kehtivast riigihangete seadusest.¹⁵⁸ Samuti on selge, et hankimispraktika muutumine võtab aega.

Riigihangete seaduse eelnõu juhindub kooskõlas direktiividega lähtekohast, et hankeleping tuleb sõlmida alati majanduslikult soodsaima pakkumuse alusel. Eelnõus on kehtiva

¹⁵⁴ Täiendavalt kohaldub ka samast sättest tulenev kumulatiivne nõue, et kõik muud tulevase hankelepingu tingimused, sealhulgas hankelepingu esemega seotud kriteeriumid, on hankedokumentides ammendavalt määratletud.

¹⁵⁵ Karindi- Kask, E. Hankelepingu sõlmimine majanduslikult kõige soodsamatel tingimustel. Rahandusministeeriumi analüüs, lk 1.

¹⁵⁶ European Commission. The EU Single Market. Single Market Scoreboard. (seisuga juuli 2016). Arvutivõrgus:

http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/#maincontent_Sec3 (01.05.2017). Euroopa Komisjoni statistika põhjal erineb madalaima hinna kriteeriumi osakaal liikmesriigiti suuresti, jäädes nt Suurbritannias, Iirimaa, Prantsusmaal, Taanis all 30 %, aga Maltas, Leedus, Lätis, sarnaselt Eestiga üle 80%. Vt. ka Rahandusministeeriumi 2015. riigihankemaastiku kokkuvõte. Arvutivõrgus: https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216043&folderId=518320&name=DLFE-36902.pdf (01.05.2017).

¹⁵⁷ Võrdluseks direktiiv 2004/18/EÜ, art 53.

¹⁵⁸ Autori arvates on see õiguspraktikat arvestades põhjendatud eeldus. Hankijate seisukohast on see samuti põhjendatud, sest seadusandjal on kohustus direktiivid üle võtta. Autor tõi sissejuhatuses välja, et pakkumuse hindamise sätted on otsekohalduvad ulatuses, milles liikmesriigile ei ole jäetud kaalutlusruumi. Isegi, kui direktiivi teatud sätetel on vahetu õigusmõju, ei tähenda see, et hankijal ja pakkujal on valmidus direktiive otse kohaldada. Olukord, kus direktiivid on pikka aega Eesti õigusesse üle võtmata, on igal juhul kahetsusväärne.

regulatsiooniga võrreldes täpsustatud, et majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamisel võtab hankija arvesse eelkõige parimat hinna ja kvaliteedi suhet, mis hõlmab kvalitatiivseid, keskkonnalaseid või sotsiaalseid kriteeriume. Sellisel kujul regulatsiooni kehtiv RHS ei sisalda. Eelnõus on sotsiaalsed kriteeriumid eraldi esile tõstetud. Kuigi eelnõu (§ 85 lg 7) sisaldab kvalitatiivsete, keskkonnaalaste ja sotsiaalsed kriteeriumite avatud loetelu, ei täpsusta eelnõu sotsiaalsete kriteeriumide sisu. Säte võtab üle hankedirektiivi artikli 67 lõike 2 avatud loetelu ega täpsusta kriteeriume.

Eelnõu seletuskiri toob välja, et eelnõus sisaldub uudne lähenemine hindamiskriteeriumidele, mille kohaselt on võimalik hankelepingu maksumus riigihanke alusdokumentides kindlaks määrata ning hinnata pakkumisi üksnes kvalitatiivsetest, keskkonnalastest või sotsiaalsetest kriteeriumidest lähtuvalt (eelnõu § 85 lg 6).¹⁵⁹ Eelnõus rõhutatakse, et sellise võimaluse kasutamisel peab hankija sätestama pakkumuse maksumuse täpse summana.¹⁶⁰ See tähendab, et määrata ei saa maksimaalset või minimaalset maksumust ega ka võimalikku maksumuse vahemikku.

Kahjuks seaduse eelnõu viidatud uuendust lähemalt ei käsitle. Autori hinnangul selline regulatsioon hankedirektiivist ei tulene. Seetõttu oleks kindlasti vajalik sellise uudse võimaluse eesmärgi ja kohaldamise selgitamine. Praegusel juhul jääb ebaselgeks, millisel juhul ja kuidas seda sätet oleks võimalik rakendada. Esmalt on selle sätte kohaldamise eeldus, et pakkumuse konkreetne maksumus on võimalik kindlaks määrata. See on juba esmapilgul problemaatiline. Teiseks peab hankedirektiividest tulenevalt majanduslikult soodsaima pakkumuse hindamiskriteeriumi puhul küll hindama parima hinna ja kvaliteedi suhet, kuid majanduslikult soodsaim pakkumus peaks alati hõlmama hinna või kulude elementi.¹⁶¹ Autori hinnangul eelnõu § 85 lg-s 6 ette nähtud võimalus seda nõuet ei järgi, sest vähemalt sätte sõnastuse järgi võib hinna ja kulude element kõrvale jääda.

Pakkujad on väljendatud seisukohta, et neil puudub põhjus keskkonnahoidlikkuse suurendamiseks, kui hankijad seda ei nõua.¹⁶² Arusaadavalt on pakkuja huvi teha konkurentsivõimeline pakkumus, mille tulemusel tema pakkumus edukaks tunnistatakse, ja seetõttu lähtuda vaid hankija seatud nõuetest. Selline seisukoht ilmestab hankijate julgema

¹⁵⁹ Seletuskiri, lk 81.

¹⁶⁰ Seletuskiri, lk 81.

¹⁶¹ Direktiivi 2014/24/EL, põhjenduspunkt 90; Direktiivi 2014/25/EL, põhjenduspunkt 95.

¹⁶² OÜ Alkranel. Keskkonnahoidlike riigihangete analüüs 2015. Lõpp-raport, lk 101. Arvutivõrgus: http://www.envir.ee/sites/default/files/khrh_analuusiraport.pdf (01.05.2017). Uuring puudutas keskkonnahoidlikke kriteeriumeid, kuid ei ole põhjust arvata, et sotsiaalsete kaalutluste puhul oleks teisiti vastatud. Seda enam, et keskkonnahoidlikke kriteeriumide regulatsioon on varasem ja ulatuslikum.

tegutsemise vajadust riiklike poliitikate elluviimiseks läbi hankemenetluse. Oleks positiivne, kui ettevõtted paneksid rohkem rõhku võimalike keskkonnasäästlikele ja sotsiaalsetele nõuetele, kuid paraku see nii ei ole.

Hankedirektiivi artikkel 67 lg 2 sätestab, et parima hinna ja kvaliteedi suhet hinnatakse asjaomase hankelingu esemega seotud kriteeriumide alusel ja sealhulgas kvalitatiivsete, keskkonna- ja/või sotsiaalsete aspektide põhjal. Hinnale lisanduvates kriteeriumitest tuleb hankijaid eelnevalt teavitada.

Madalaima hinna valikukriteerium ei tähenda iseenesest, et hankija ostetav teenus või asi ei vastaks nõutavale kvaliteedile. Ka hankedirektiivi põhjenduspunkt 90 toob välja, et hankijatel on vabadus kehtestada piisavaid kvaliteedistandardid, kasutades tehnilisi kirjeldusi või lepingu täitmise tingimusi.

Samas põhjenduspunktis tuuakse hankedirektiivis (küll mõnevõrra segadust tekitavalt) välja, et kuigi tuleks selgitada, et majanduslikult soodsaima pakkumuse hindamine on võimalik läbi viia vaid hinna või kulutasuvuse alusel, peaks riigihangete parima kvaliteedi poole suundumuse soodustamiseks olema liikmesriikidel võimalik keelata või piirata pakkumuse hindamine ainult hinna või kulude alusel.

Üldkohus on selgitanud, et hankija poolt majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamiseks kasutatavad kriteeriumid ei pea olema ilmtingimata laadilt kvantitatiivsed või puudutama ainuüksi hindu. Isegi kui hankedokumentides on ära toodud lepingu sõlmimise kriteeriumid, mille sõnastusest ei nähtu nendega kvantitatiivselt mõõdetav objekt, võib neid kasutada pakkumuste võrdlemisel, kohaldatuna objektiivselt ja ühetaoliselt, ning need võivad olla äärmiselt asjakohased majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamisel.¹⁶³

Kehtiva RHS kohaselt saab hankija arvestada ainult hanketeates, hankedokumentides või pakkumuse esitamise ettepanekus sätestatud pakkumuste hindamise kriteeriume (RHS § 50 lg 1). Pakkumuse hindamise kriteerium peab olema hankeesemega seotud (RHS § 50 lg 2).

Tallinna Ringkonnakohtusse on jõudnud vaidlus, kus õigusliku küsimusena – kas kehtiva kollektiivlepingu olemasolu nõue hindamiskriteeriumina on seotud hankelingu esemega ja lubatav.¹⁶⁴ Vaidlus puudutas avalikku bussiliiniveo korraldamist Ida-Viru maakonna bussiliinidel. Vaidluse asjaolude kohaselt anti pakkumuste hindamisel lisapunkte pakkujale,

¹⁶³ EÜKo 19.03.2010, T-50/05, *Evropaïki Dynamiki vs komisjon*, p 108. Hankija oli Euroopa Liidu institutsioon, kuid autori arvates on seisukohad kohaldatavad ka riigihangete direktiivide raames.

¹⁶⁴ TrtRnKo 16.05.2012, 3-12-351.

kellel oli kehtiv kollektiivleping, mis laieneb Ida-Virumaale ja hõlmab teatud arvu pakkuja töötajatest.

Vaidlustamisel tugineti põhjendusele, et selline hindamiskriteerium ei ole lubatav. Vaidlustajale, kellel oli küll kehtiv kollektiivleping, kuid mis ei laienenud teenuse osatamise kohas, ei antud selle hindamiskriteeriumi alusel punkte. Riigihangete vaidlustuskomisjon (VAKO) nõustus vaidlustaja põhjendustega ja leidis, et selline hindamiskriteerium ei ole hankelepingu esemega seotud ja on seega lubamatu¹⁶⁵.

Halduskohus ja ringkonnakohus VAKO seisukohaga ei nõustunud. Kohtute hinnangul oli õiguspärane hindamiskriteeriumi seadja põhjendus, et kollektiivlepingu olemasolu kindlustab hankijale tõrgeteta bussiliiniveo ning vähendab oluliselt võimalust, et piirkonnas, kus ühistranspordi teenust pakutakse, jäädakse töötajate streigi tõttu teenusest ilma.¹⁶⁶ Halduskohus leidis, et kuigi pakkumuse esitamise hetkel kehtiv kollektiivleping ei taga töörahu kogu hankelepingu kestel, oli tegemist hankelepingu esemega seotud kriteeriumiga. Halduskohus märkis, et „selle alusel ei pidanudki hindama pakkumuste otsest soodsust, kuid sai mingis osas hinnata pakutava teenuse kvaliteeti ja omadusi ning teha seega kindlaks pakkumuste üldisest majanduslikust soodsusest tulenev paremusjärjestus.“¹⁶⁷ Ringkonnakohus nõustus halduskohtu seisukohtadega.¹⁶⁸

Ringkonnakohus märkis täiendavalt, et bussiliinivedu, kus ei toimu streike või töösulge, on ilmselgelt kvaliteetsem bussiliiniveost, kus streigid või töösulud toimuvad või võivad toimuda (autori rõhutus). Ringkonnakohus leidis, et kollektiivlepingu olemasolu vähendas streigi või töösulu toimumise tõenäosust märkimisväärselt, millest tulenevalt sai seda hinnata kvaliteetsema teenuse ühe kriteeriumina.¹⁶⁹ Kuivõrd kolleegium asus seisukohale, et kollektiivlepingut omava pakkuja teenus on ilmselgelt kvaliteetsem, järeldas kolleegiumi, et küsimus „millisel määral“ oli kollektiivlepingut omava pakkuja teenus seetõttu eelduslikult kvaliteetsem, ei oma määravat tähtsust.

Autor ringkonnakohtu argumentatsiooniga ei nõustu. Esiteks leiab autor, et ei saa nii üheselt väita, et bussiliiniveo teenus, mille osutajal on hankelepingu sõlmimise hetkel

¹⁶⁵ TrtRnKo 16.05.2012, 3-12-351, p 4.

¹⁶⁶ Kollektiivlepingu seaduse § 11 lg 3 sätestab, et kollektiivlepingu kehtivuse ajal on pooled kohustatud täitma kollektiivlepingus ettenähtud tingimusi ja mitte kuulutama välja streiki või töösulgu kollektiivlepingus sätestatud tingimuste muutmise ajendil. St. pooled on kohustatud pidama töörahu.

¹⁶⁷ TrtRnKo 16.05.2012, 3-12-351, p 6.

¹⁶⁸ TrtRnKo 16.05.2012, 3-12-351, p-id 11-14.

¹⁶⁹ TrtRnKo 16.05.2012, 3-12-351, p 11.

kollektiivleping, on ilmselgelt kvaliteetsem. Kollektiivlepingu kehtimise ajal kehtib küll töörahu, kuid see ei tähenda, et selle ettevõtja, kellel ei ole kollektiivlepingut, töötajad asuksid streikima. Või kui ka asuksid, siis ei saa sellest autori arvates järeldada, et edukaks tunnistatud pakkuja ei ole võimeline teenust osutama. Autor nendib, et hankelepingu esemega on see küll seotud. Samas ei ole autori arvates õige, et pakumuste hindamisel kui pakkuja on määranud teatud punktisumma hindamiskriteeriumile, leitakse, et kvaliteedi kaalumise ei ole oluline.

Kohtupraktikas on hindamiskriteeriumina sätestatud ka järgmine kriteerium: „*kui on kontrollitav täiskoormusega töötavale bussijuhile brutokuupalgana vähemalt 1014 euro maksmine, tuleb pakumusele omistada 20 hindamispunkti*“¹⁷⁰. Selline tingimus ei ole autori hinnangul hankelepingu esemega pakumuste hindamisel etapil seotud. See ei ole ka objektiivselt hinnatav ning kohtleb pakkujaid potentsiaalselt ebavõrdselt. Hankijale ei paku paremat kvaliteeti pakkuja, kelle töötaja täistööajaga kuupalk on 1014 eurot võrreldes pakkujaga, kelle töötaja täistööajaga kuupalk on näiteks 1000 eurot.

Dutch Coffee kaasuses esitas Põhja-Hollandi Provintsi hanketeade kohviautomaatide ostmiseks ja haldamiseks. Hanketeates oli lepingu objekti kohta märgitud, et tähtis aspekt on provintsi püüdlus suurendada kohviautomaatides mahepõllumustoodete ja õiglase kaubanduse toodete kasutamist. Euroopa Kohus otsustas, et hindamiskriteeriumid, mis seonduvad mahepõllumajandusliku tootmisega ja õiglase kaubandusega, on võimalikud. Kohus leidis, et lepingu sõlmimise tingimuse ja lepingueseme vaheline side oli piisav esiteks seetõttu, et kriteerium seostus tootega, mille ostmine oli osa lepinguga seotud kohustusest ja teiseks tulenevalt sellest, et hankelepingu tingimus ei pea lähtuma toote olemuslikust tunnusest, st mõnest selle toote materiaalsest omadusest. Kohus toetus varsemale *EVN Wienstrom* otsusele, kus kohus leidis, et liidu riigihankealase õigusega ei ole vastuolus, kui elektrienergia tarnimise hanke raames seab hankija hankelepingu sõlmimise tingimuseks asjaolu, et elektrienergiat tuleb toota taastuvatest energiaallikatest.¹⁷¹ Põhimõttelisel tasandil puuduvad takistused sellise tingimuse seadmiseks, et toode peab pärinema õiglasest kaubandusest.¹⁷²

Küll aga esines vastuolu direktiivi 2004/18 artikli 53 lõike 1 punktiga a, sest hankedokumentides nähti ette, et majanduslikult soodsaima pakumuse valimisel annab

¹⁷⁰ TlnHKo 15.07.2016, 3-16-1158, p 5.

¹⁷¹ EKo 04.12.2001, C-448/01, *EVN Wienstrom*, p 34.

¹⁷² EKo 10.05.2012, C-368/10, *Dutch Coffee*, p-id 90- 91.

teatud hulga hindamispunkte asjaolu, et tooted kannavad kindlaid märgiseid, ilma et oleks ära toonud nende märgiste aluskriteeriume, ega lubanud kõigi asjakohaste tõenditega tõendada, et toode vastab neile aluskriteeriumidele, siis on Põhja-Hollandi provints seadnud hankelepingu sõlmimise tingimuse.¹⁷³

Concordia Bus lahendi kohaselt ei ole keskkonnakaitseliste kriteeriumide arvesse võtmisel rikutud võrdse kohtlemise põhimõtet üksnes seetõttu, et ainult üks ettevõtja suudab pakkuda esitatud kriteeriumidele vastavat veeremit. Seda sellisel juhul, kui eelnevalt on tuvastatud, et kriteeriumid on objektiivsed ja neid kohaldatakse kõigile pakkujatele ühtemoodi.¹⁷⁴

Concordia Bus kaasuse kohaselt on muud kui puhtmajanduslikud kaalutlused lubatud, kui need on mõõdetavad, seotud hankelepingu esemega, eelnevalt avaldatud, võimaldavad objektiivset valikut ja vastavad kõigile riigihanke üldpõhimõtetele.

Kuivõrd igakordselt tuleb hinnata, kas kaalutusõigust on teostatud kooskõlas võrdse kohtlemise põhimõttega ja kas meede on proportsionaalne, tuleb iga kaasuse puhul arvesse võtta faktilisi asjaolusid. Kui Euroopa Kohus on ühes kohtuasjas leidnud, et asjaolu, et ainult väike osa pakkujatest suudab täita kriteeriume, mille eest antakse lisapunkte, ei tähenda see, et muutunud faktiliste asjaolude valguses ei teeks kohus teistsugust otsust.

Õiguskirjanduses on samuti leitud viitega *Concordia Bus* kaasusele, et vaidlusalune lisanõue oleks võinud olla võrdse kohtlemise põhimõttega vastuolus, kui hinna osakaal oleks moodustanud väikese osa ja keskkonnakaitsesega seotud kriteeriumi osakaal oluliselt suurema osa (võrreldes kaasuses olnud 14%). Sellest tulenevalt ei saaks järeldada, et igal juhul oleks Euroopa Liidu õigusega kooskõlas selliste hindamiskriteeriumide kehtestamine, millele tõenäoliselt vastab ainult üks pakkuja. Lisaks tuuakse välja, et kohus on seda ka otsuses rõhutanud, argumenteerides järgmiselt: „ei ole niisuguses faktilises kontekstis iseenesest selline, mis rikuks võrdse kohtlemise põhimõtet“.¹⁷⁵

Hankes, mille vaidlustus jõudis Üldkohtu ette, oli hankeesemeks informaatikalaste teenuste osutamine. Hanketeatele oli sätestatud, et hankeleping sõlmitakse majanduslikult soodsaima

¹⁷³ EKo 10.05.2012, C-368/10, *Dutch Coffee*, p 97.

¹⁷⁴ EKo 17.09.2002, C-513/99, *Concordia Bus*, p-id 85-86.

¹⁷⁵ Karro, R. Majanduslikult soodsaim pakkumus ja pakkumuste hindamise kriteeriumid. – *Juridica* 2011/10, lk 754.

pakkumuse esitanud pakkujaga ja pakkumuste hindamisel arvestatakse järgmisi lahenduse kvaliteedi kriteeriume¹⁷⁶:

- 1) Ettenähtud ülesannete täitmiseks välja pakutud strateegia asjakohasus (40/100);
- 2) Ettenähtud ülesannete täitmiseks välja pakutud meetodite ja vahendite, kvaliteetse keskkonna ja menetluste asjakohasus (30/100);
- 3) Ettenähtud ülesannete täitmiseks välja pakutud meeskonna ülesehituse asjakohasus (20/100);
- 4) Pakkumuse struktuur, selgus ja täielikkus (10/100).

Üks taotleja, kelle pakkumus ei osutunud ka edukaks, avaldas hankijale, et kriteeriumid ei ole täpsed ega objektiivsed. Vaidlus jõudis Üldkohtusse, kes leidis, et küsimus taandub lõpuks siiski riigihanke üldpõhimõtete järgimisele. EÜK põhjendas, et vaidlustaja ei olnud millegagi põhjendanud argumente, mis puudutavad vaidlustatud hindamiskriteeriumide väidetavat ebamäärasust ja subjektiivsust. Kohus leidis, et mainitud kriteeriumid olid esitatud selgelt ning lisas, et vaidlustaja ei olnud oma väidete toetuseks esitanud ühtki tõendit, mis võimaldaks järeldada, et hankija on nimetatud kriteeriumide määratlemisel eiranud läbipaistvuse ja pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtteid.¹⁷⁷

Kohus täiendas, et vaidlustaja ei ole selgitanud ega tõendanud, miks ei ole need kriteeriumid kõnealuse hankelepingu esemega õigustatud. Kohus leidis, et kriteeriumid olid asjakohased majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamiseks, kuna mainitud kriteeriumid olid „*kahtlusest vajalikud majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamiseks*“.¹⁷⁸

Dutch Coffee kaasuses tõi kohus esile kohtujuristi ettepaneku punktis 146 rõhutatut, et „keskkonnasäästlike ostude ja ühiskondlikult vastutustundliku käitumise kriteeriumid“ ning kohustus anda „oma panus kohvituru keskkonnasäästlikkuse tõstmisse ja kohvitootmise keskkonnasõbralikumaks ja sotsiaalselt ning majanduslikult vastutustundlikumaks muutmisele“ ei olnud piisavalt selgelt, täpselt ja ühemõtteliselt sõnastatud, et „kõigil piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepanelikel pakkujatel oleks võimalik kindlalt või piisavalt mõista, millised kriteeriumid neile nõuetele vastavad“. Kohtujurist leidis sellest tulenevalt ei saanud olla ka selgust pakkujatele esitatud nõude suhtes, et nad näitaksid oma pakkumuses ära „kuidas nemad täidavad neid kriteeriume“ või „mil määral annavad oma panuse“ hankija

¹⁷⁶ EÜKo 19.03.2010, T-50/05, *Evropaïki Dynamiki vs komisjon*, p 10.

¹⁷⁷ EÜKo 19.03.2010, T-50/05, *Evropaïki Dynamiki vs komisjon*, p 111.

¹⁷⁸ EÜKo 19.03.2010, T-50/05, *Evropaïki Dynamiki vs komisjon*, p 112.

poolt kohvituru ja kohvitootmise suhtes seatud eesmärkide täitmisele, ilma et pakkujatele oleks antud täpset infot selle kohta, millist teavet nad selles osas peavad esitama.¹⁷⁹

Õiguskirjanduses on arutletud ka hankelepingu esemega mitteseotud hindamiskriteeriumide kasutamise üle Euroopa Liidus, kuigi hankedirektiivide kohaselt peab hindamiskriteerium olema seotud hankelepingu esemega. Analüüsitud on laiemate kriteeriumide kasutamist, sest ELi aluslepingud iseenesest ei välista kriteeriume, mis hankelepingu esemest kaugemale lähevad.¹⁸⁰

Selline lähenemine on toetunud Euroopa Kohtu otsusele, milles leiti, et Euroopa Liidu õigusega kooskõlas on võimalik täiendava töötuse vastu võitlemiseks seatud hindamiskriteeriumi kasutamine. Sealjuures ei seotud seda kriteeriumi lepingu esemega.¹⁸¹ Nagu eelnevalt välja toodud, sätestas Euroopa Kohus täpsustavad kriteeriumid hindamiskriteeriumide seadmisele esmalt *Concordia Bus* lahendis.¹⁸² Seetõttu leitakse, et hiljutise täpsustava Euroopa Kohtu praktika valguses ei saaks *Nord-Pas-de-Calais* lahendist lähtuda ja on käesoleval hetkel selge, et hindamiskriteerium peab olema hankelepingu esemega seotud.¹⁸³

Kindlasti on jätkuvalt võimalik argumenteerida teisiti. Teisisõnu, et konkreetsete piirangute seadmisel võiks olla lubatud hankelepingu esemega mitteseotud kriteeriumid. Käesolev magistritöö siiski lähemalt lepingu esemega mitteseotud hindamiskriteeriumide kasutamise võimalust ei käsitle. Autor lähtub kehtivast regulatsioonist ja Euroopa Kohtu praktikas kinnitatud lepingu esemega seotuse nõudest.

¹⁷⁹ EKo 10.05.2012, C-368/10, *Dutch Coffee*, p 110.

¹⁸⁰ Arrowsmith, S. Kuznik, P, lk 235-245. Eestis on seda käsitlenud P. Lember eelnevalt viidatud magistritöös .

¹⁸¹ EKo 26.09.2000, C-225/98, *komisjon vs Prantsusmaa (Nord-Pas-de-Calais)*, p-id 47-50.

¹⁸² EKo 17.09.2002, C-513/99, *Concordia Bus*, p 64.

¹⁸³ Martens, M. de Margerie, S, lk 14.

2.2. Pakkumuste maksumuse põhjendatuse kontroll

Põhjendamatult madal pakkumus¹⁸⁴ võib olla õiguspärane ja tuleneda konkurentsieelisest, mis põhineb näiteks pakkuja suuremal efektiivsusel. Samuti võib pakkuja saada seaduslikku riigiabi. Nii direktiivid kui ka kehtiv riigihangete seadus toovad mitteammendava loetelu võimalikest põhjendustest.¹⁸⁵

Pakkumuse hind võib olla aga ka madal ja sellisena ka paista seetõttu, et pakkuja ei järgi seadusest tulenevaid nõudeid, sealhulgas palgatingimuste nõudeid. See võimaldab mõistagi pakkuda konkurentidest madalamat hinda.

Põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse institutsioon, mida tuntakse Euroopa Liidu õiguses juba aastast 1971¹⁸⁶, eesmärgiks on esiteks tagada konkurentsi kaitse, välistades konkurentsimoonusi läbi ebaseadusliku riigiabi või pakkuja muu seadusvastase tegevuse, teiseks hankija kaitse seeläbi, et hankija saab välistada ebakohase või mittetäitmise riski. Samuti kaitseb regulatsioon pakkujat, sest regulatsioon välistab hankija omavoli pakkumuste tagasilükkamisel ja hindamisel.¹⁸⁷ Nii põhjendamatult madalate pakkumuste tagasilükkamise võimalust kui ka kohustust saab kindlasti pidada ka pakkujaid distsiplineerivaks meetmeks.¹⁸⁸

Pakkumuse põhjendamatult madala maksumuse tuvastab hankija, kellel aitab seda tuvastada näiteks pakkumuste võrdlemine läbi automaatse menetluste matemaatilise valemi abil.¹⁸⁹ Täpseid kriteeriumeid selle kohta, millal on pakkumus põhjendamatult madal puuduvad ei ole riigihankedirektiivides ega riigihangete seaduses.¹⁹⁰

Kehtiv riigihangete seadus seob põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse tuvastamise hanke eeldatava maksumusega võrdlemisega.¹⁹¹ Teised põhjendamatult madala pakkumuse tuvastamise meetodid ei ole seaduse kohaselt *expressis verbis* välistatud, kuid

¹⁸⁴ “Põhjendamatult madala pakkumuse” (“*abnormally low bid*”, “*abnormally low tender*”) kui mõiste legaalfinantsatsioon puudub. Silmas peetakse nn. ebaharilikult madalaid pakkumusi, mis ei tähenda, et pakkumus toob igal juhul kaasa konkurentsimoonusi või tuleneb õigusaktidest tulenevate kohustuste rikkumisest, kuid tõstatatakse hankijas kahtlusi nõuetekohase täitmise osas.

¹⁸⁵ RHS § 48 lg 2, Direktiiv 2014/24/EL art 69 lg 2, Direktiiv 2014/25/EL art 84 lg 2.

¹⁸⁶ Semple, A. A Practical Guide to Public Procurement, 2015, lk 116.

¹⁸⁷ Väljaots, T. Põhjendamatult madalad pakkumused riigihankeõiguses. Juridica 2013/9, lk 654.

¹⁸⁸ TlnRnKo 12.05.2016, 3-16-139, p 13.

¹⁸⁹ Eko 27.11.2001, C-285/99 Lombardini, p 68-69.

¹⁹⁰ Väljaots, T. Põhjendamatult madalad pakkumused riigihankeõiguses. Juridica 2013/9, lk 652.

¹⁹¹ RHS § 48 lg 1: „Kui hankija leiab, et pakkumuse maksumus on hankilepingu eeldatava maksumusega võrreldes põhjendamatult madal /.../“. Eeldatava maksumuse määramise reeglid on sätestatud RHS §-s 20.

alternatiivsetele võimalustele seab piirid rakenduspraktika.¹⁹² Kohtud on Eestis hinnanud edukaks tunnistatud pakkumuse maksumuse põhjendatust näiteks hankija tellitud eksperdi arvamuses määratud võimaliku minimaalse hinnaga ja võrdlust teiste pakkujate pakkumuste maksumusega.¹⁹³ Eesti ja Euroopa Liidu kohtupraktika põhjal saab eeldatava maksumuse alusel tekkida kahtlus, kuid see ei ole ainud tagasilükkamise alus.¹⁹⁴

Hankedirektiiv sätestab artiklis 69 hankija kohustuse uurida põhjendamatult madalat pakkumust¹⁹⁵. Nimetatud kohustus põhineb Euroopa Kohtu *Slovensko*¹⁹⁶ otsuse kodifitseerimisel¹⁹⁷. Sarnaselt varasema direktiivi regulatsiooniga ei ole kehtivas direktiivis selgitatud, kas sellest tulenevalt tekib hankijal ka kohustus pakkumus tagasi lükata. Võttes arvesse põhjenduspunktide teksti ja sätte konteksti on õiguskirjanduses leitud, et hankijal on pelgalt võimalik tagasi lükata põhjendamatult madal pakkumus, kui esineb suur mittekohase täitmise risk, kuid kohustust sellist pakkumust tagasi lükata ei ole.¹⁹⁸ Kohustuse puudumist saab järeldada ka asjaolust, et uuendusena on teatud juhtudel ette nähtud kohustus põhjendamatult madal maksumus tagasi lükata. Kehtivas riigihangete seaduses (§ 48) ei ole samuti ette nähtud kohustust selgituste saamise järel põhjendamatult madala maksumusega pakkumus tagasi lükata. Küll aga näeb selle ette riigihangete seaduse eelnõu tekst (§ 115 lg 3).¹⁹⁹

Kohustus põhjendamatult madal pakkumus tagasi lükata on erandina ühemõtteliselt sätestatud direktiivi 2014/24/EL art 69 lg-s 3 ja direktiivi 2014/25/EL art 84 lg-s 3.²⁰⁰ Tagasilükkamise kohustus kehtib direktiivide teksti kohaselt, kui hankija on kindlaks teinud, et põhjendamatult madala maksumusega pakkumus tuleneb keskkonna-, sotsiaal- või tööõiguse valdkonna kohustuste rikkumisest, mis on kehtestatud Euroopa Liidu või siseriiklike õigusaktidega,

¹⁹² Väljaots, T. Põhjendamatult madalad pakkumused riigihankeõiguses. *Juridica* 2013/9, lk 650.

¹⁹³ Minumets, D, Kulm, P. Riigihangete õigus. Juura: Tallinn 2014, lk 407.

¹⁹⁴ Matteus, K. Põhjendamatult madala maksumusega pakkumus. Kohtupraktika analüüs. – *Juridica* 2016/1, lk 36.

¹⁹⁵ Ingliskeelses tekstis „*Contracting authorities shall require economic operators to explain /.../*“ (autori rõhutused).

¹⁹⁶ EKo 29.03.2012, C-599/10, *Slovensko*.

¹⁹⁷ Arrowsmith, 2014, vnr 7-267.

¹⁹⁸ Arrowsmith, 2014, vnr 7-267.

¹⁹⁹ Üldise tagasilükkamise kohustuse sätestamise põhjendatus ja kooskõla ELi õigusega ei ole käesoleva töö uurimisobjektist ning käesolevas töös seda teemat lähemalt ei käsitleta. Sellel teemal vt. lähemalt Knjazev, A. Põhjendamatult madalad pakkumused riigihankeõiguses. Magistritöö. Tartu: Tartu Ülikool 2016.

²⁰⁰ Eestikeelses direktiivi 2014/24/EL ja direktiivi 2014/25/EL tekstides on kahetsusväärselt tõlgitud ingliskeelses tekstis sätestatud kohustuse („*Contracting authorities shall reject the tender /.../*“) asemel tagasilükkamise võimalus („Avaliku sektori hankija võib pakkumuse tagasi lükata /.../“). Väär tõlge tuleks parandada.

kollektiivlepingutega või direktiivi X lisas loetletud rahvusvaheliste keskkonna-, sotsiaal- ja tööõiguse sätetega.

Eelnõus sätestatud regulatsiooni kohaselt (§ 115 lg 4), mis võtab direktiivi vastava sätte üle, on hankijal kohustus lükata pakkumus tagasi, *“kui ta tuvastab, et pakkumuse põhjendamatult madal maksumus on tingitud hankelepingu täitmise kohas kehtivate keskkonna-, sotsiaal- ja tööõiguse valdkonda reguleerivate sätete eiramisest”*.

Kuivõrd hankedirektiivi art 18 lg-st 2 tulenevalt on liikmesriikidel kohustus võtta kasutusele meetmed tagamaks, et pakkujad järgivad keskkonnakaitselisi ja sotsiaalõigusnorme, toetab seda eesmärki uus kohustus lükata vastavate õigusnormide rikkumise tõttu põhjendamatult madalad pakkumused tagasi.²⁰¹ Seega täidab sätestatud tagasilükkamise kohustus eelkõige mitte hankijat kaitsvat ja mittetäitmist välistavat eemärki, vaid on meede horisontaalsete eesmärkide elluviimiseks. Kindlasti täidab see samas ka distsiplineerivat ja konkurentsimoonutuste vältimise eesmärki.

Väljastatud ei ole seisukoht, et enne uue tagasilükkamist kohustava sätte lisandumist (s.o ka enne uute direktiivide jõustumist) eksisteeris vähemalt võimalus tagasi lükata pakkumused, mille põhjendamatult madala maksumus tulenes mistahes seaduse nõuetele mittevastavusest. Seda seetõttu, et direktiivi sätte laia tõlgenduse korral on võimalik argumenteerida, et kui põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse kohta ei anta selgitusi, on kohustus pakkumus tagasi lükata. See kehtiks sellisel juhul ka õiguslike nõuete mittejärgimise kohta.²⁰²

Nagu eelnevalt välja toodud, viitab põhjendamatult madala maksumusega pakkumuste regulatsioon siiski, et direktiivide alusel üldine tagasilükkamise kohustus puudub. Seda seisukohta pooldavad õigusteadlased eelkõige just seetõttu, et kohustuse tekkimise alus on eraldi sätestatud.²⁰³ Autor nõustub selle seisukohaga.

Eelnõu järgi, kuivõrd kehtib üldine tagasilükkamise kohustus ebapiisavate selgituste andmise korral uurimise järel, hõlmab üldine tagasilükkamise kohustus ka kohustust lükata tagasi pakkumus, mille põhjendamatult madal maksumus tuleneb õigusaktides sätestatud nõuete mittejärgimisest. Seetõttu võiks asuda seisukohale, et eelnõus on kohustus kõrvaldada põhjendamatult madala maksumusega pakkumus tulenevalt keskkonna- sotsiaal- ja tööõiguse normide rikkumises pelgalt täiendav säte ja kohustus eksisteerib ka sellest sõltumata.

²⁰¹ Arrowsmith 2014, vnr 7-269.

²⁰² Arrowsmith 2014, vnr 7-270.

²⁰³ Arrowsmith 2014, vnr 7-269.

Eelnev tähendab, et kui pakkuja ei suuda adekvaatselt põhjendada nende kohustuste täitmist, tuleb pakkumus tagasi lükata. Hankijal võib kahtlus tekkida näiteks hinnates tööjõu ulatuse suurst, millest lähtuvalt võib tõusetuda küsimus, kas pakkumuse maksumus katab kõik vajalikud paladeks ja makseteks.²⁰⁴ Hankija peaks pakkujalt selgitusi küsima. Võimalik oleks maksumuse kontrollimisel teha päringuid maksuregistrisse. Välismaise pakkuja puhul on kontrollimine muidugi keerulisem.

Tagasilükkamise kohustust tekib alles pärast tuvastamist, et pakkumus võiks hankija hinnangul olla põhjendamatult madal ning pakkujalt nõutud selgituste saamist. Kui eelnev etapp jääb korralikult läbi viimata, ei saa rakendada ka kõrvaldamise kohustust.²⁰⁵ Meetme rakendamiseks on seega oluline, et hankija teeks piisavat eeltööd võimalike rikkumiste tuvastamiseks ja selgituste nõudmise järel hindaks, kas kohustuste täitmist on piisavalt tõendatud. Seega, kui hankija ei hinda piisava põhjalikkusega, kas maksumus võiks olla põhjendamatult madal, kaotab kohustuslik tagasilükkamise meede oma mõtte.

Kohustus lasub hankijal, kel peaks silmatorkava erinevuse korral tekkima kahtlus. Kohtulik kontroll pakkumuse maksumuse põhjendamatult madalaks määratlemisel on piiratud.²⁰⁶ Eelnevast tulenevalt peab hankija vastavate kohustuste täitmisele võimalike põhjendamatult madalate maksumustega pakkumuste tuvastamist piisavat tähelepanu osutama ja põhjalikult kontrollima. Vastasel juhul jääb hankedirektiivis sätestatud eesmärk täitmata.

Kokkuvõtvalt on eelneva põhjal tegemist olulise muudatusega, sest direktiivis on selgelt sätestatud, et töötajate kaitse ja töötingimustega seotud kohustuste mittejärgmisel ei saa hankija rakendada diskretsiooni pakkumuse tagasi lükkamise suhtes, vaid hankijal lasub vastav kohustus. Sellist kohustust ei sisaldanud 2004. a riigihankedirektiivid ega sätesta kehtiv riigihangete seadus.

Samas eelnõu kohaselt tekib hankijal igal juhul kohustus pakkumus tagasi lükata, kui pärast pakkuja selgitusi hankija endiselt leiab, et pakkumus on põhjendamatult madal või pakkuja selgitusi üldse ei anna. Riigihangete seaduse eelnõus täiendavalt sätestatud kohustus töötajate kaitse ja töötingimustega seotud kohustuste mittejärgmisel pakkumus tagasi lükata tagab igal juhul selgema direktiividega kooskõlas oleva regulatsiooni.

²⁰⁴ Seletuskiri, lk 108.

²⁰⁵ EÜKo 16.09.2013, T-402/06, *Hispaania vs. komisjon*, p 90-91; EKo C-599/10, *Slovensko*, p 28-30; EKo 27.11.2001, C-285/99 - *Impresa Lombardini*, p 51, p 57.

²⁰⁶ RKHKo 03.12.2015, 3-3-1-50-15, p 23.

Riigihangete seaduse § 48 lg 3 ja eelnõu § 115 lg 3 kohaselt lükatakse pakkumus tagasi põhjendatud kirjaliku otsusega. Kuivõrd hankijal puudub kaalutusõigus hankedirektiivi art 69 lg 3 (eelnõu § 115 lg 4) alusel kohustuslikku tagasilükkamist rakendades, siis võib järeldada, et põhjendamiskohustus otsuse tegemisel on sellisel juhul väiksem.

Diskretsiooni puudumine ei tähenda aga, et üldine põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse regulatsioon ei kohalduks ja seega peab hankija tagasilükkamise võtma vastu samamoodi kirjaliku põhjendatud otsusega. Hankija peab küsima piisavaid selgitusi ja hindama nende põhjendatust. Tõusetub muidugi küsimus, millal saab lugeda, et hankija on kindlaks teinud, et pakkumus on põhjendamatult madala maksumusega. Piisavaks selgituseks ei saa autori arvates pidada pelgalt pakkujapoolset kinnitust, et seadusest, kollektiivsetest lepingutest ja rahvusvahelistest õigusaktidest tulenevate nõuetega on arvestatud.

Kui seaduses oleks sätestatud nõue maksta töötajatele, keda hankilepingu täitmisel kaastakse, teatud protsent valdkonna keskmisest töötasust, oleks selle nõude mittetäitmine aluseks pakkumuse kui põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse tagasilükkamiseks.

Tulenevalt hankedirektiivi art 18 lg-st 2 tuleb arvestada lisaks seaduses sätestatud palgatingimustele ka kollektiivlepingutes sätestatud tingimustega. Seetõttu peaks hankija kahtluse korral küsima ka hankilepingu täitmisel kasutatavate töötajate palgatingimuste reguleeritust kollektiivlepingutes.

Seoses tööjõukuludega võib hankijal pakkumuse maksumuse põhjendatuse hindamisel tekkida küsimus, kas hankija suudab arvestatud palgakuludega tagada tööde või teenuste kvaliteedi. Üldkohus on aktsepteerinud hankijate selgitusi põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse tagasilükkamisel, mille kohaselt: „*ei ole mõne teise töökoha puhul majanduslikult tegelikkusele vastav lähtuda sellest, et neis pakkumustes pakutud töötajad nõustuksid pakutud tasumäära eest töötama Luksemburgis*“²⁰⁷. Kohtu selgituste kohaselt võis hankija kahtlust pidada põhjendatuks, sest „*üks kõrgelt kvalifitseeritud analüüsija-programmeerija nõustuks töötama sellise miinimumpalgaga*.“²⁰⁸ Sellisel juhul ei aga kohaldu hankedirektiivi art 69 lg 3 alusel kõrvaldamise kohustus vaid tegemist on lepingu mittetäitmisega riski vältimisega.

²⁰⁷ EÜKo 5.11.2014, T-422/11, *Computer Resources International (Luxembourg) SA vs Euroopa Komisjon*, p 40. Kaasuses oli hankija ELi institutsioon ja kohaldus Euroopa Nõukogu määrus (EÜ, Euratom) nr 2342/2002 (kehtetu, muudetud Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrusgea (EL, EURATOM) nr 966/2012, 25. oktoober 2012). EÜK seisukoht on siiski kohane ka hankedirektiivi ja võrgustiku direktiivi raames tulenevalt regulatsioonide analoogiast.

²⁰⁸ EÜKo 5.11.2014, T-422/11, *Computer Resources International (Luxembourg) vs komisjon*, p 36.

Viidatud kaasuses pöördus hankija pakkuja poole selgituse saamiseks selle kohta, kuidas hinnapakumustes on arvatud inimtööpäeva maksumus. Pakkumuses viitas pakkuja Luksemburgis või Luksemburgist autosõidu kaugusel asuvale tööjõule ning Rumeenias läbiviidavad *near shore/off shore* tegevusi ei olnud hagejate pakumustes nimetatud. Hankijale antud selgitustest nähtuvalt pidi personal asuma Luksemburgis. Selgitustes viidati aga Rumeenia töötajatele.²⁰⁹ Hankija leidis sellest tulenevalt õigustatult, et hageja lähtus oma pakumustes Luksemburgis asuvatest töötajatest, kes kõik töötavad hankijast autosõidu kaugusel, mitte Rumeenias asuvatest töötajatest ja selles liikmesriigis osutatavatest teenustest. Viidatud Üldkohtu kaasuses esines seega ka vastuolu pakumuse ja hiljem hankijale antud selgituste osas. See andis autori arvates põhjendatult aluse kahelda lepingu nõuetekohases täitmises.

Sellest järeldas hankija, et need pakumused olid põhjendamatult madala maksumusega, kuna esiteks on teatud töökohtade jaoks pakutud tasumäärad madalamad Luksemburgi minimaalsest päevapalgast, lähtudes pakkuja selgituses esitatud arvutustest, ja teiseks ei ole mõne teise töökohta puhul majanduslikult tegelikkusele vastav lähtuda sellest, et neis pakumustes pakutud töötajad nõustuksid pakutud tasumäära eest töötama Luksemburgis.²¹⁰

Selles alapeatükis tuleb käsitleda ka sissejuhatuses selgitatud riigihangete seaduse eelõu seletuskirjas ja ettepanekutes eelnõule välja toodud tagasilükkamise alust, kui pakkuja palkade (samuti maksude ja sotsiaalkindlustusmaksetega) kaasnev kulu on alla teatava protsendi viimase kuue kuu valdkondlikust keskmisest brutopalgast. Seejuures viidati analoogsele regulatsioonile Lätis.²¹¹

Viidatud Läti Vabariigi kõrgendatud palga maksmise tingimuse regulatsioon ei ole õigusakti tasemel vastu võetud otsene nõue või võimalus hankijatel nõuda pakkujalt ja alltöövõtjalt teatud palgamäära tasumist. Viidatud regulatsioon on seotud pakumuse maksumuse kontrolliga. Seejuures ei sätesta viidatud Läti regulatsioon pakumuse automaatset tagasilükkamise kohustust. Seletuskirjas on jõutud õiguspäraselt samale järeldusele.²¹²

Läti riigihangete seaduse eelnõu § 53 lg 2 sätestab sarnaselt varasemalt kehtinud regulatsiooniga: „Hankija peab hindama, kas pakumuse on põhjendamatult madal, kui ta leiab, et pakkuja, kellega hankileping sõlmitaks, või pakumuses nimetatud alltöövõtjate,

²⁰⁹ *Ibid*, p-id 2-10.

²¹⁰ *Ibid*, p 40.

²¹¹ Seletuskiri, Lisa 2, lk 74-75.

²¹² Seletuskiri, lk 110.

kelle ehitustöö või muude teenuste väärtus on vähemalt 10% hankelepingu hinnast, töötajate keskmine tunnitasu määr mõne kutseala puhul on vähem kui 80% vastava kutseala töötajate keskmisest tunnitasu määrast (või allapoole riiklikku miinimumi) esimese 9 kuu jooksul 12 kuu pikkuse perioodi jooksul enne kuud, mil pakkumus aegub vastavalt maksuhalduri poolt kogutud ja veebilehel avaldatud teabele“.²¹³

Hankija peab selle sätte kohaselt nõudma, et pakkuja esitaks koos pakkumusega väljavõtted maksuhalduri süsteemist pakkumuses loetletud pakkuja ja alltöövõtjate töötajate vastavate kutsealade keskmiste tunnitasu määrade kohta, kui maksuhaldur sellist teavet kogub. Hankija peab hindama ega pakkumuse maksumus pole põhjendamatult madal, kui pakkuja, kes pidi esitama väljavõtte maksuhalduri süsteemist pakkuja ja alltöövõtjate konkreetsete kutsealade all loetletud töötajate keskmise tunnitasu määra kohta, ei ole sellist väljavõtet esitanud.²¹⁴

Pakkuja makstava palga ja valdkonna keskmise palga erinevuse korral peab hankija küsima seisukohta maksuhaldurilt, kes sellisel juhul kontrollib pakkuja poolt pakkumuses nimetatud töötajate ja alltöövõtja töötajatele makstava palga põhjendatust. Seejärel edastab maksuhaldur hankijale oma hinnangu 15 päeva jooksul alates päringu saamisest.²¹⁵

Autori hinnangul ei võta sellises sõnastuses säte üle käesolevas alapeatükis eelnevalt käsitletud hankedirektiivi art 69 lg-t 3, sest ei põhine hankedirektiivi art 18 lg-s 2 osutatud kohustusel ega sätesta ka tagasilükkamise kohustust. Selline säte toetab küll autori arvates palgatingimuste kui sotsiaalse aspekti arvestamist. Riigi jaoks on ilmselt tegemist pigem hoovaga maksude laekumise tagamiseks ja ümbrikupalkade vähendamiseks, mis on iseenesest ka Eestis ehitussektoris kindlasti oluline küsimus.

²¹³ Lätt, P. Fels, E, lk 31. Autoril puudub käesoleval hetkel võimalus kontrollida, kas säte sellises sõnastuses ka vastu võeti, sest autorile teadaolevalt ei ole 1. märtsil 2017 jõustunud Läti uue riigihangete seaduse tekst inglise keeles avaldatud. Autor Läti keelt ei valda. Läti riigihangete seadus on arvutivõrgus kättesaadav: <https://likumi.lv/doc.php?id=287760> (01.05.2017).

²¹⁴ Lätt, P. Fels, E. Rahandusministeeriumi tellitud analüüs. Keskmise palga nõue riigihangetes. 23.11.2016, lk 32-33. Autor lähtus avaldatud analüüsis toodud tõlkest. Arvutivõrgus: https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?uuid=a97daa44-2ec4-4a8a-897f-2109c0259707&groupId=11726 (01.05.2017)

²¹⁵ Lätt, P. Fels, E, lk 32.

2.3. Palgatingimused hankelepingu eritingimusedena

Euroopa Liidu riigihangete regulatsioon keskendub peasjalikult hankemenetlusele kui protsessile. Küsimused, mis tõusetuvad pärast hankelepingu sõlmimist on aga samuti väga olulised, sest lepingu õiguspärane täitmine on hankija peamine eesmärk. Hoolimata täpsustatud regulatsioonist hankelepingu täitmise faasis, jäävad sellega seonduvad kaalutlused siiski pigem direktiivide reguleerimisalast väljapoole.

Viimase all on peetud silmas seda, et direktiivides puudub ulatuslik regulatsioon täitmise kohta, sealhulgas tingimuste avalikustamisega seonduvas osas.²¹⁶ See omakorda tähendab, et liikmesriikidel on selles vallas suurem diskretsioon ning samuti hankijatel endal. Sotsiaalsete kaalutluste rakendamine läbi hankelepingu täitmise tingimuste pakub üldjuhul hankijale suurema kaalutlusruumi.²¹⁷ Seda hoolimata sellest, et lepingutingimused on samuti reeglina eelnevalt ette valmistatud.²¹⁸

Lepingute sisu sõltub hankija praktilistest vajadustest ja seda kujundavad hankija vastavad eesmärgid, muuhulgas sotsiaalseid kaalutlusi sisaldavad sätted. Hankijatel on võimalus sotsiaalsete kaalutlustega arvestada, aga samal ajal on hankija otsustusvabadust ka piiratud. See tuleneb Euroopa Kohtu praktikast, et need kaalutlused peavad olema hankelepingu esemega seotud. See on nüüd sätestatud ka riigihankedirektiivides. Võimalus sätestada hankelepingutes eritingimusi oli ka varasemates direktiivides²¹⁹, kuid kohustus siduda eritingimused lepingu esemega sisaldub esimest korda kehtivates direktiivides.²²⁰

Viidatud kehtivate hankedirektiivide lepingu eritingimuse sätte kohaselt võib avaliku sektori hankija sätestada lepingu täitmise eritingimusi, tingimusel, et need on seotud lepingu esemega. Hankedirektiividest tuleneb samuti nõue, et eritingimused peavad olema esitatud hanketeates või hankedokumentides.

Hankedirektiivis on selgitusena lisatud, et hankelepingu eritingimused võivad hõlmata majanduslikke, innovaativusega seotud, keskkonnavalaseid, sotsiaalseid või tööhõivealaseid kaalutlusi. Seega on sotsiaalsed ja tööhõivealased kaalutlused selgelt eraldi välja toodud.

²¹⁶ Semple, A. A Practical Guide to Public Procurement, lk 119-120.

²¹⁷ Simovart, M.A, 2010, lk 80.

²¹⁸ Simovart, M.A, 2010, lk 80.

²¹⁹ Direktiiv 2004/18/EÜ art 26, direktiiv 2004/18/EÜ art 38.

²²⁰ Direktiiv 2014/24/EL art 70, direktiiv 2014/25/EL art 87.

Samas ei paku direktiivid eritingimuste definitsiooni. Kehtiv riigihangete seadus ei sisalda samuti eritingimuste regulatsiooni.

Direktiivi alusel jaotuvad lepingulised nõuded kolme kategooriasse. Esimesse kuuluvad tingimused, mida saab rakendada läbi kõrvaldamise menetluse tulenevalt lepingu mittetäitmise riskist seoses tehnilise ja kutsealase suutlikkusega. Nagu ka alapeatükis 2.1.2 välja toodi, sotsiaalsed ja keskkonnalased nõuded, mis seonduvad asjade, ehitustööde ja teenuste kasutamisomadustega ja sellest kasutamisest tulenevate mõjude, nagu müra ja saastega, kuuluvad tehniliste nõuete alla. Autor tõi alapeatükis 2.1.2. välja ka, et tehnilisi tingimusi ja lepingu eritingimusi tuleks eristada ja palgatingimusi käsitleda eritingimustena.

Teise kategooria nõudeid ei saa rakendada kõrvaldamise protsessis, sest need ei seonu tehnilise ja kutsealase suutlikkusega.²²¹ Nendele viidatakse direktiivides kui eritingimustele. Eritingimuste lisandumine 2004. a direktiivi oli eelpool käsitletud Euroopa Kohtu *Beentjes* kaasuse kodifikatsioon.

Nagu töös eelnevalt välja toodud, tuleb *Beentjes* kaasuses toodud põhjenduste kohaselt tehnilisi nõudeid eristada eritingimustest, mille alusel saab kehtestada nõudeid nagu pikaaegsete töötute palkamine. Hankedirektiivis rõhutatakse, et avaliku sektori hankijatel on vabadus kehtestada piisavad kvaliteedistandardid, kasutades tehnilisi kirjeldusi või lepingu täitmise tingimusi. Töö alapeatükis 2.1.3 on eelnevalt analüüsitud, milliseid tehnilisi tingimusi hankedirektiivid võimaldavad seada.

Lisaks niigi kehtivale nõudele seoses kooskõlaga Euroopa Liidu õigusega, on ainus direktiividega seatud piirang hankija vabadusele eritingimuste kasutamisel see, et eritingimused peavad olema seotud lepingu täitmisega. Mida see sisuliselt tähendab, on selgelt avatud tõlgendamisele. Sama kehtib lepingu eseme seose suhtes.²²²

Eelnõu kohaselt võetakse hankedirektiivi art 70 üle eelnõu § 77 lõikes 4, mis sätestab, et kui vastav teave ei ole nimetatud hanketeates, sisaldavad riigihanke alusdokumendid teavet kõigi tulevaste hankelingu tingimuste kohta, mis võivad hõlmata majanduslikke, innovatsiooniga seotud, keskkonnaalaseid, sotsiaalseid või tööhõivealaseid kaalutlusi.

Eelnõus on seega ette nähtud lepingu tingimused. Eritingimuste mõistet eelnõus siiski ei sätestata. Samuti võivad eelnõu kohaselt hankelingu tingimused sisaldada sotsiaalseid ja

²²¹ Arrowsmith 2014, vnr 12-34.

²²² Martens, M. de Margerie, S, lk 15

tööhõivealaseid kaalutlusi. See on uutest hankedirektiividest üle võetud. Säte on aga väga üldine. Õigusselguse huvides võiks seaduses eraldi sätestada eritingimuse mõiste ning näha ette täpsemad näited.

Eesti õiguskirjanduses toodi juba 2010. aastal esile, et Eesti seadus ei tunne eritingimuste nõuet ja eritingimused kui lepingu sotsiaalseid ja/või keskkonnalaseid eesmäärke kajastavad sätted tuleks defineerida ning nende kasutamise lubatavus seaduses selgelt sätestada. Seejuures on rõhutatud regulatsiooni täpsustamise vajadust tulenevalt Eesti hankijate väga formaalsest suhtumisest riigihankemenetlusse.²²³

Lepingutingimuste ettevalmistamisel teeb hankija mitmeid kaalutlusotsuseid. Lõpuks on oluline, et hankemenetluse tulemusel sõlmitud hankaleping oleks kooskõlas põhimõtetega, millest lähtuvad lepingu sõlmimisele eelnevad hankemenetluse etapid.²²⁴ Jätkusuutlikkuse kriteeriumid, sealhulgas miinimumpalga nõue sotsiaalse kriteeriumina, on lubatav lepingu täitmise tingimus.²²⁵ Lepingu täitmise eritingimus on kooskõlas Euroopa Liidu õigusega, kui see ei ole otseselt ega kaudselt diskrimineeriv.²²⁶

Lepingu täitmise tingimus omaks vähe tähendust, kui lepingu suhtes kehtivaid eritingimusi ei saaks laiendada alltöövõtjatele. Lepingu suhtes kehtivaid eritingimusi on kooskõlas riigihanke üldpõhimõtetega võimalik laiendada alltöövõtjatele.²²⁷ Lepingu tingimusi laiendati alltöövõtjatele ja lisaks ka vahendaja lähetatud ajutiste töötajatele. Samuti pidi alltöövõtja vahendusettevõtte tagama, et seadusest tulenevad töötasu nõuded on tagatud.²²⁸

Euroopa Komisjoni poolt välja toodud eritingimuste näited hõlmavad näiteks olukorda, kui ostja soovib osta eetilise kaubanduse kohvi või puuvilju, võib ta näiteks sisestada hankalepingu täitmise tingimuste alla punkti, mis nõuab hankijal maksta tootjatele summa, mis katab jätkusuutliku tootmise kulud, näiteks inimväärsed palgad ja töötingimused

²²³ Simovart, M.A. Riigihanke sekundaarsete eesmärkide rakendamise võimalusest Eestis. Soolise võrdõiguslikkuse näide. *Juridica* – 2009/3, lk 157

²²⁴ Simovart, M. A. Riigihankalepingu ebamõistlike tüüptingimuste tühisus kui ebaõiglaste lepingutingimuste regulatsiooni näide. – *Juridica* 2008/1, lk 33.

²²⁵ European Commission. *Buying Social*, lk 32.

²²⁶ EKo17.11.2015, C-115/14, *RegioPost*, 56.

²²⁷ Simovart, M.A. Riigihanke üldpõhimõtetest tulenevad hankalepingu sisupiirangud. Näiteid vaidlustuskomisjoni praktikast. – *Juridica* 2012/2, lk 87.

²²⁸ EKo17.11.2015, C-115/14, *RegioPost*, 5.

töötajatele, keskkonnasõbralikud tootmismeetodid ning tootmisprotsessi ja töötingimuste parandamine.²²⁹

Samuti on toodud näide Saksamaal korraldatud hankest, kus lepingute täitmise tingimusena määrati kindlaks, et „ei soetata laste töö kasutamisega toodetud tooteid“. Näite kohaselt võib seda tõendada sõltumatu sertifikaat (näiteks Transfairi või Rugmarki pitser). Kui niisugust sertifikaati ei ole kõnealuse toote jaoks olemas, sobib ka lisalepingu sätete deklaratsioon heakskiidu kujul tööde täitmise kohta ning asjade ja teenuste lepingute hanketellimuse lisalepingu sätete heakskiitmine.²³⁰

Horisontaalsete eesmärkide kasutamise eelis läbi hankalepingu eritingimuste tuleneb sellest, et üldreeglina on hankalepingu tingimusi kasutades hankija kaalutlusruum oluliselt ulatuslikum.²³¹ Õiguskirjanduses on toodud esile ka seda, et pakkumuste hindamiskriteeriumide seos hankalepingu esemega peab olema tugevam kui hankalepingu eritingimuse seos hankalepingu esemega.²³²

Hankedirektiivi põhjenduspunkti 39 kohaselt võiks meetmeid, millega tagatakse sotsiaal- ja tööõiguse kohustuste järgimine, kajastada lepingu tingimustes ning täpsustab, et võimalik peaks olema lisada lepingu tingimusi, millega tagatakse kollektiivlepingute järgimine kooskõlas Euroopa Liidu õigusega.

RegioPost kaasuses kohtu ees olnud esimene küsimus puudutas direktiivi 2004/18/EÜ artikli 26²³³ tõlgendamist. Eelotsuses küsiti, kas eritingimust sisaldavat artiklit tuleks tõlgendada selliselt, et sellega on vastuolus sellised liikmesriigi piirkondliku üksuse õigusnormid, mis nõuavad pakkujatel ja nende alltöövõtjatelt, et nad kinnitaksid pakkumusele lisatud kirjalikus kinnituses, et nad maksavad hanke esemeks olevaid töid tegevatele töötajatele neis õigusnormides kehtestatud miinimumtasu.²³⁴

Kohus käsitles nimetatud nõuet hankalepingu eritingimusena, mis seondub lepingu täitmisega, mis on seetõttu õiguspärane, kui vastab Euroopa Liidu õigusele. Vaidlusaluse

²²⁹ European Commission. *Buying Social*, lk 32.

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ Simovart, M.A, 2010, lk 80.

²³² Aspey, 306.

²³³ Kehtiva hankedirektiivi art 70, võrgustiku direktiivi art 87.

²³⁴ EKo 17.11.2015, C-115/14, *RegioPost*, p 53.

küsimusega Euroopa Kohtu poole pöördunud siseriiklik kohus kooskõla ise määrata ei soovinud või ei julgenud.²³⁵

Kohus leidis et „[k]una põhikohtuasjas käsitletav liikmesriigi meede kuulub direktiivi 2004/18 artikli 26 kohaldamisalasse, mis lubab teatavatel tingimustel kehtestada avaliku sektori hangete puhul miinimumtöötasu, ei ole nõutud, et see meede laieneks väljapoole seda spetsiifilist valdkonda nii, et see kehtestatakse üldiselt kõikide hangete puhul, sealhulgas erasektori tellimuste puhul“.²³⁶ See on varasemast käsitlest erinev.

Meetme tagajärgede seisukohast on oluline, et *RegioPost* lahendis leidis kohus, et pakkujaid, kes ei ole nõus tingimusi kinnitama, on võimalik pakkumise hindamisest kõrvale jätta.²³⁷ Seega on võimalik tagada, et pakkuja, kes eritingimusega ei nõustu, ei saavuta konkurentsi eelist ning pakkujaid on koheldud hilisemas hankemenetluses võrdselt.

Üks probleemikoht on pärast lepingu sõlmimist tagada kontroll selle üle, et töövõtjad ja alltöövõtjad peaksid kinni tööõiguse- ja keskkonnaalastest tingimustest.²³⁸

Riigihangete seaduse § 4 lg 2 kohaselt võib hankija hankelingu sõlmida üksnes käesolevas seaduses sätestatud tingimustel ja korras. Seaduses sätestatud nõuete järgimata jätmine ei mõjuta hankelingu kehtivust, kui käesolevas seaduses ei ole sätestatud teisiti. Vastavalt RHS § 29 lg-le 3 lõpeb hankemenetlus hankelingu sõlmimisega.

Kooskõlas riigihangete seadusega käsitletakse VAKO praktikas hankemenetluses avaldatud hankelingu tingimusi hankedokumentidena. See tähendab, et riigihangete seaduse ja riigihanke üldpõhimõtete rikkumise küsimuses alluvad hankelingu tingimustega seotud küsimused VAKO kontrollile.²³⁹

Direktiivi 2014/24/EL põhjenduspunkti 40 kohaselt tuleb keskkonna-, sotsiaal- ja tööõiguse alaste sätete järgimist kontrollida hankemenetluse asjaomastes etappides. See tähendab vastavalt siis, kui kohaldatakse osalejate valikut ja lepingute sõlmimist reguleerivaid

²³⁵ Brown, The lawfulness of regional law requiring tenderers for a public contract to undertake to pay workers performing that contract the minimum wage laid down in that law: Case C-115/14 *RegioPost*. – Public Procurement Law Review 2016, No 2, lk 51.

²³⁶ EKo 17.11.2015, C-115/14, *RegioPost*, p 64.

²³⁷ EKo 17.11.2015, C-115/14, *RegioPost*, p-id 78-82.

²³⁸ OECD. Integrity in Public Procurement: Good Practice from A to Z, lk 12. Arvutivõrgus: <http://www.oecd.org/development/effectiveness/38588964.pdf> (01.05.2017).

²³⁹ Simovart, M.A. Riigihanke üldpõhimõtetest tulenevad hankelingu sisupiirangud. Näiteid vaidlustuskomisjoni praktikast, lk 88.

üldpõhimõtteid, kõrvaldamise aluseid ja põhjendamatult madala maksumusega pakkumusi käsitlevaid sätteid. Kontroll tuleb läbi viia eelkõige kooskõlas direktiivi nende sätetega, mis reguleerivad tõendusviise ja ettevõtja enda kinnitusi.

Kokkuvõte

Käesoleva töö eesmärgiks oli hinnata palgatingimuste kui sotsiaalsete kaalutluste rakendamise võimalusi riigihankemenetluse erinevates etappides ja hankelepings, võttes arvesse Euroopa Liidu õigusest tulenevaid piiranguid. Töö keskendus seejuures eelkõige küsimusele, kas ja millises etapis on kooskõlas Euroopa Liidu õigusega võimalik miinimumpalga või sellest kõrgema palga tingimuste kehtestamine. Lähtuvalt uue riigihangete seaduse eelnõust (SE 204) oli töö alameesmärk selgitada välja erinevad võimalused kehtestada riigihangete regulatsioonis kõrgendatud palgatingimused ning viisid neid riigihankemenetluses kohaldada.

Töö kirjutamisel oli autor olukorras, kus kehtivaid riigihankedirektiive ei olnud Eesti õigusesse veel üle võetud. Töö valmimise ajaks on uue riigihangete seaduse eelnõu jõudnud kolmanda lugemiseni ning seadus võetakse eelduslikult peagi vastu. Autor lähtus sellest tulenevalt eelkõige uue riigihangete seaduse eelnõust. Samuti on direktiivid õigeaegselt üle võtmata jätmisel otsekohalduvad osas, milles liikmesriigile ei ole jäetud kaalutlusruumi.

Lähtuvalt töö uurimisprobleemist ja eesmärgist püstitas autor kolm hüpoteesi:

- 1) kehtivad riigihankedirektiivid võimaldavad senisest edukamalt rakendada sotsiaalseid kriteeriume läbi riigihankeõiguse;
- 2) palgatingimuste rakendamine kooskõlas Euroopa Liidu õigusega on võimalik ka lepingueelses hankemenetluses, kuid efektiivseim viis riigihanke üldpõhimõtete tagamiseks on hankelepingu täitmise tingimuste (eritingimuste) kasutamine;
- 3) riigihangete seaduse eelnõu (204 SE) ettepanekus nimetatud kindla palgamäära maksmise nõude kehtestamine õigusaktiga ei ole kooskõlas Euroopa Liidu õigusega.

Autori töös püstitatud hüpoteesid leidsid kinnitust.

Esimeses peatükis käsitles autor kaalutlusõiguse piire palgatingimuste seadmisel. Selgitati sotsiaalseid horisontaalseid eesmärke üldisemalt ning täpsemalt palgatingimuste kohta riigihankeõiguses. Autor käsitles esimeses peatükis samuti Euroopa Liidu siseturu reeglitest ja riigihanke üldpõhimõtetest tulenevaid kaalutlusõiguse piiranguid. Magistritöö teises peatükis analüüsiti esimese peatüki käsitlesele tuginedes palgatingimuste seadmise võimalusi riigihankemenetluse erinevates etappides ning hankelepingu eritingimustes.

Uurimisprobleem oli piiritletud lähtuvalt sellest, et jätkusuutliku arengu, sealhulgas erinevate sotsiaalsete kaalutluste, rakendamise võimaluste suurendamise vajadust on kinnitatud nii rahvusvahelisel, Euroopa Liidu tasandil kui ka Eestis. Üheks tunnustatud vahendiks jätkusuutliku arengu edendamisel on riigihankemenetlus. Meetmete rakendamine, mis direktiivide kohaselt on vabatahtlikud, sõltub mõistagi poliitilisest tahtest. Käesolev töö keskendus õigusteaduslikule uurimisküsimusele. Autor lähtus peamiselt kehtivast riigihankedirektiivide regulatsioonist ja riigihangete seaduse eelnõust.

Riigihankedirektiivides on sotsiaalsete kaalutluste edendamiseks mitmeid sätteid. Ka uute direktiivide valguses on enamiku keskkonnahoidlikke ja sotsiaalseid kaalutlusi sisaldavate sätete kohaldamine siiski vabatahtlik. Autor leidis, et ettevõtete tähelepanu ühiskondliku vastutuse aspektile kasvab ja avaliku sektori hankijate tegevus ja võimalused ei peaks oluliselt erineva erasektori võimalustest.

Erandiks vabatahtlikele sätetele on põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse hankemenetluses tagasilükkamise nõue, kui hankija tuvastab, et pakkumuse madal maksumus tuleneb sellest, et pakkumus ei vasta keskkonna-, sotsiaal- ja tööõiguse valdkonnas kohaldatavatele kohustustele. Hankedirektiivi säte on sellisena ka seaduse eelnõus ette nähtud, kuigi eelnõu kohaselt nähakse ette üldine põhjendamatult madala maksumusega pakkumuse kõrvaldamise kohustus.

Hankeprotsess koosneb mitmest etapist. Esmalt määrab hankija hankelepingu eseme. Teisisõnu asja, teenuse või ehitustöö, mis on hankijale vajalik ja mille ostmiseks on riigihangete seaduse kohaselt vajalik läbi viia hankemenetlus. Vajalike asjade, teenuste või ehitustööde nõuded väljendatakse tehniliste nõuetena, mille alusel saavad potentsiaalsed pakkujad otsustada hankemenetluses osalemise. Kui mingile tingimusele vastavust on juba kontrollitud kvalifitseerimise etapis, siis ei saa see omakorda olla hindamiskriteerium.

Hankijate teadlikkus on oluline, sest vastasel juhul jätkavad hankijad vaid madalaima hinna kriteerium kasutamist, mis ei võimalda pakkumuste hindamise staadiumis horisontaalseid eesmärke rakendada. Hankijad ei julge seada hankelepingu eritingimusi. Pakkuja lähtub pakkumuse koostamisel hankija nõuetest. On selge, et pakkuja huvi ei ole lisada täiendavaid kvaliteeti tagavaid, kuid pakkumuse hinda tõstvaid aspekte. Seda eriti olukorras, kus hankija ei hinda mitte hinna ja kvaliteedi suhet, vaid lähtub ainult hinnast. Seadusandja roll on õigusselguse tagamine.

Vastukaaluks endiselt eksisteerivatele seisukohtadele, mis paneb võrdusmärgi jätkusuutlikkuse kaalutluste ja proteksionismi vahele, on Euroopa Liidu riigihangete õigus läbi kehtivate direktiivide astunud sammu selliste vaadete vähendamisele. Euroopa Liidu riigihankeregulatsioonist nähtub selgelt, et keskkonnahoidlikke ja sotsiaalseid eesmärke saab saavutada konkurentsi põhimõtet rikkumata ning seejuures tagades kulutõhususe.

Käesolevas töös jõudis autor seega järeldusele, et kehtivad riigihankedirektiivid võimaldavad senisest edukamalt rakendada sotsiaalseid kriteeriume läbi riigihankeõiguse.

Palgatingimuste rakendamine kooskõlas Euroopa Liidu õigusega on võimalik lepingueelses hankemenetluses. Efektiivseim viis üldpõhimõtetega kooskõla tagamiseks on hankelepingu täitmise tingimuste (eritingimuste) kasutamine.

Töös asuti seisukohale, et riigihangete seaduse eelnõu ettepanekus nimetatud kindla palgamäära maksmise nõude kehtestamine seaduses ei oleks kooskõlas Euroopa Liidu õigusega.

Miinimumpalga nõuetest kõrgema palga nõude seadmise kooskõla Euroopa Liidu õigusega ei ole Euroopa Kohtu poolt analüüsitud. *Rüffert*, *Bundesdruckerei* ja ka *RegioPost* kaasustes soovis hankija rakendada tingimust, et hankelepingu täitja töötajatele makstaks vähemalt miinimumtasu. Euroopa Kohtu ees olnud küsimused viidatud kaasustes tõid esile vastuolu sotsiaalsete eesmärkide edendamise võimaluste ja majanduslikult soodsaima pakkumuse leidmise vahel selliselt, et ei diskrimineeritaks madalama elukallidusega riikide pakkujaid.

Euroopa Kohus leidis *Rüfferti* ja *Bundesdruckerei* lahendites, et üksnes riigihangete lepingutele laienevaid nõudeid ei saa sotsiaalsetel kaalutlustel rakendada. *RegioPost* lahendis seevastu asus kohus seisukohale, et see on võimalik. Hoolimata sellest puudutas hankija tingimus miinimumpalka. Euroopa Kohtu praktika valguses ei ole autori arvates võimalik järeldada teisiti, kui et keskmise palga suuruse tasu maksmise kohustuse panemine pakkujale ja tema alltöövõtjatele ei oleks kooskõlas Euroopa Liidu õigusega võimalik sätestada. See rikuks teenuse osutamise vabaduse põhimõtet ja oleks ebaproportsionaalne.

Kuigi horisontaalsete eesmärkide küsimusele pööratakse eelnõu seletuskirjas teatud määral tähelepanu ja rõhutatakse ka Euroopa Liidu riigihankedirektiivide selget suundumust majanduslikult soodsama ja hankija spetsiifilistele nõuetele vastavale pakkumusele, jääb autori arvates horisontaalsete eesmärkide rakendamise kontekstis kõlama siiski madalaima hinna kriteeriumi prioriteetsus ning endiselt kardetakse konkurentsi vähesust horisontaalsete eesmärkide rakendamisel.

Nõustuda tuleb seisukohaga, et kriteeriumide seadmist tuleb hankijal põhjalikult kaaluda, aga konkurentsipuuduse kartmise tõttu rakendamata jätmise välistab juba algselt horisontaalsete eesmärkide kasutamise. Hankijapoolne selgus, milliseid kriteeriume saab kooskõlas Euroopa Liidu õigusega rakendada, on aluseks horisontaalsete kriteeriumide laialdasemale rakendamisele. Seetõttu on seadusandjal suur roll sotsiaalsete eesmärkide kohaldamise tagamiseks. See on võimalik seeläbi, et Eesti riigihangete seaduses sätestataks näiteks lepingu eritingimuste definitsioon ning täpsem regulatsioon, mis annaks hankijatele suurema õigusselguse.

Payment Clauses in Public Procurement Procedure and in Special Conditions of the Procurement Contract

Summary

Public procurement regulation in the European Union (EU) is multidimensional. On the one hand, it ensures the implementation of the general principles of the European Union law that arise from the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). On the other hand, public procurement law is a tool for implementing area policies on the EU and member state level. Finding a balance between the general principles of the EU law and political aims though is difficult. The severity of the implementation problems is evident in the relevant case law of the Court of Justice of the European Union.

In order to resolve the above uncertainty, the aim of this thesis was to evaluate the possibilities of applying salary terms as social considerations in the different stages of public procurement procedures and the public contract, taking into account the restrictions arising from the EU law and focusing primarily on the question whether and in which stage it is possible to establish a minimum salary or terms for a salary higher than that in compliance with the EU law. The aspects of horizontal objectives have been addressed in Estonian legal literature to some extent before but not from the perspective of this master's thesis.

Proceeding from the new draft Public Procurement Act (SE 204), the sub-objective of this work was to identify various opportunities to establish elevated salary terms in public procurement regulations and the means for applying them.

Salary terms could be considered one of the most important social aspects. The impact of setting salary terms is especially apparent in the case of labour intensive sectors, which include, for example, the construction sector, transport sector, social and health care services.

This master's thesis was a qualitative study and the comparative analytical method was used to achieve the aims of the thesis. The thesis is qualitative in that the current Public Procurement Act (PPA) and the regulation prescribed in the draft Public Procurement Act were analysed and compared to each other and the results were presented as logical conclusions. The comparative analytical method was also used to outline the amendments to the current procurement directives in comparison with the previous procurement directives. In

addition, the comparative analytical method also covered the compliance of the new draft Public Procurement Act with the public procurement directives.

The public procurement directives that entered into force in 2014 had to be transposed into the national law of the member states by 18 June 2016. In Estonia the directives will be transposed with the new Public Procurement Act, the draft of which (204 SE) was initiated on 4 April 2016 but the new act has still not been adopted. This also means that the procurement directives have not been transposed into Estonian law as required. Based on the above, at the time of completing this master's thesis, the XIII composition of Riigikogu is still proceeding the draft Public Procurement Act (204 SE).

Therefore, the author was writing this thesis in a situation where the applicable public procurement directives were not transposed into Estonian law. By the time of completing this thesis, the draft of the new Public Procurement Act had reached its third reading and it can be presumed that the act will soon be adopted. Considering this, the author mainly proceeded from the draft of the new Public Procurement Act. Also, in case the directives are not transposed on time, they are directly applicable in parts where the member states have not been left any discretion.

Based on the research question and aim of the thesis, the author posed three hypotheses:

- 1) the current public procurement directives enable to apply social criteria through public procurement law more successfully than before;
- 2) the application of salary terms in compliance with the EU law is possible also in the pre-contractual procurement procedure but the most efficient means to guarantee the general principles of public procurement is to use the terms (special terms) of the performance of the public contract;
- 3) establishing the requirement to pay a certain salary rate, as proposed in the draft Public Procurement Act (204 SE), is not in compliance with the EU law.

The hypotheses posed in the author's work were confirmed.

Although the letter of explanation of the draft gives some attention to the issue of horizontal objectives and it also emphasises the clear tendency of the EU public procurement directives towards an economically advantageous procurement that meets the specific requirements of the contracting authorities, in the context of implementing horizontal objectives the priority of the lowest price still stands out and lack of competition in implementing horizontal objectives is still feared.

The position that the contracting authority must carefully deliberate establishing the criteria must be agreed with but not applying these for fearing lack of competition precludes the use of horizontal objectives already in the beginning. The contracting authority's explanation with regard to which criteria can be applied in compliance with the EU law constitutes the basis for an increased implementation of horizontal criteria. Therefore, ensuring legal clarity by the legislator is extremely important in facilitating the implementation of social aspects.

The letter of explanation of the draft outlines that the draft includes a novel approach to the evaluation criteria, according to which it is possible to determine the value of the public contract in the procurement source documents and evaluate the tenders only based on qualitative, environmental or social criteria. The draft emphasises that when using this opportunity, the contracting authority must set the value of the tender as an exact amount. This means that it is not possible to determine a maximum or minimum value or a possible range for the value.

Similarly to previous years, the lowest price was the prevailing evaluation criteria used in Estonia in 2016. At that the share of the economical advantageousness criteria was only 16%. There has been no development towards determining the most economically advantageous tender—the share of the lowest price and economical advantageousness criteria in the public procurements implemented in the period 2007–2011 was 86% and 14% respectively and compared to 2015, the use of the economical advantageousness criteria increased only by 1%.

If the contracting authority awards a public contract on the basis of lowest price, the contracting authority will evaluate tenders only on the basis of their value. Therefore, contracting authorities attach importance primarily to the value of the procurement. The current PPA provides that the contracting authority may award a public contract only on the basis of the lowest price if the economical advantageousness of the tender for the contracting authority depends only on the price of the tender. The text of the legal act indicates that the most economically advantageous tender is preferred, i.e. a tender where other criteria in addition to the value are also considered.

Despite this, practice is not in compliance with the provisions of the law. It is justified to ask whether in more than 80% of the cases, the economical advantageousness of the tender is really only based on the value. The Ministry of Finance has not overlooked this and acknowledges that the lowest price criterion is probably used due to the unawareness of the contracting authorities, inability to set evaluation criteria and fear of disputes. The European

Commission finds that an overly high share of the lowest price criterion indicates that better criteria could have been used and a better purchase have been made as a result.

In the thesis, the author concluded that the current public procurement directives enable to apply social criteria through public procurement law more successfully than before.

It is possible to apply salary terms in compliance with the EU law in pre-contractual procurement procedures. This option is used by procurement authorities. However, payment clauses are sometimes wrongly used in the specification and

The most efficient means to guarantee compliance with general principles, however, is to use the terms (special terms) of the performance of the public contract. The definition as such, unfortunately, does not exist in Estonian public procurement law and has not been proposed as such in the draft law.

The thesis proposed that establishing in the law the requirement to pay a certain salary rate which is higher than a minimum or also a living wage, as proposed in the draft Public Procurement Act (204 SE), is not in compliance with the EU law. This would violate the principle of equal treatment and proportionality.

The European Court of Justice has not analysed whether setting the requirement for a salary that exceeds the minimum salary requirements is in compliance with the EU law. In the cases of *Rüffert*, *Bundesdruckerei* and also *RegioPost*, the contracting authority wanted to apply the criterion that at least a minimum salary is paid to the employees of the performer of the public contract.

The CJEU found in the cases of *Rüffert* and *Bundesdruckerei* that the requirements which extend only to public contracts cannot be applied on social considerations. The questions that were before the CJEU in the referred cases highlighted the conflict between the possibilities to enhance social objectives and find the most economically advantageous tender in a way that would not discriminate tenderers in countries with a lower cost of living.

Lühendid

EL	Euroopa Liit
ELTL	Euroopa Liidu toimimise leping
EK	Euroopa Kohus
EÜ	Euroopa Ühendus
EÜK	Üldkohus
EÜKo	Üldkohtu otsus
RHS	riigihangete seadus
RKHKo	Riigikohtu halduskolleegiumi otsus
TlnRnKo	Tallinna Ringkonnakohtu otsus
TrtRnKo	Tartu Ringkonnakohtu otsus
RT	Riigi Teataja
SKP	sisemajanduse koguprodukt
VAKO	riigihangete vaidlustuskomisjon
ILO	Rahvusvaheline tööorganisatsioon

Kasutatud allikad

Kasutatud kirjandus

1. Arrowsmith, S. The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK. Volume 1. Third edition. London: Sweet & Maxwell 2014.
2. Arrowsmith, S. Modernising the EU's public procurement regime: a blueprint for real simplicity and flexibility. – Public Procurement Law Review 2012, No 3.
3. Arrowsmith, S., Kunzlik, P. (Eds). Social and Environmental Policies in Public Procurement Law. New York: Cambridge University Press 2009.
4. Aspey, E. Labour Considerations in EU procurement: a Study of UK Utilities. – European Law Review 2012/37, No 3.
5. Barnard, C. EC Employment Law. Oxford: Oxford University Press 2006.
6. Barnard, C. EU Employment Law and the European Social Model: The Past, The Present and the Future. – Current Legal Problems 2014/67, No 1.
7. Bovis, C. The Law of EU public procurement. Oxford: Oxford University Press 2015.
8. Brown, A. The lawfulness of a national rule requiring a subcontractor of a bidder for a public contract to pay its workers a minimum wage, even where the services will be carried out exclusively in a lower-cost third country: case C-549/13 Bundesdruckerei GmbH v Stadt Dortmund. – Public Procurement Law Review 2015, No 1.
9. Brown, A. The lawfulness of regional law requiring tenderers for a public contract to undertake to pay workers performing that contract the minimum wage laid down in that law: Case C-115/14 RegioPost. – Public Procurement Law Review 2016, No 2.
10. Burgi, M. Brandmeier, B. Quality as an Interacting Award Criterion Under Current and Future EU Law. – European Procurement and Private Public Partnership Law Review 2014/9, No 1.
11. Caranta, R. Trybus, M. (Eds). The Law of Green and Social Procurement in Europe. Copenhagen: DJØF Publishing 2010.
12. Costamagna, F. Minimum wage between public procurement and posted workers: anything new after the RegioPost case? – European Law Review 2017/42, No 1.
13. Craig, P. EU Administrative Law. Oxford: Oxford University Press 2006.
14. Graells, A. S. Public procurement and the EU competition rules. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2011.

15. International Labour Organization. Labour clauses in public contracts. Integrating the social dimension into procurement policies and practices. International Labour Office Geneva, Switzerland 2008.
16. Karro, R. Majanduslikult soodsaim pakkumus ja pakkumuste hindamise kriteeriumid. – Juridica 2011/10.
17. Knjazev, A. Põhjendamatult madalad pakkumused riigihankeõiguses. Magistritöö. Tartu: Tartu Ülikool 2016.
18. Kotsonis, T. Commission v Netherlands (C-368/10): environmental and fair trade considerations in the context of a contract award procedure. – Public Procurement Law Review, 2012, No 5.
19. Kuipers, J-J. The social dumping debate in Luxembourg: the Laval case before the European Court of Justice. – Cambridge Student Law Review 2008/4, No 2.
20. Lember, P. Keskkonnakaitselised horisontaalsed eesmärgid riigihankemenetluse pakkumuste hindamise staadiumis. Magistritöö. Tallinn: Tartu Ülikool 2013.
21. Ludlow, A. Social Procurement: Policy and Practice. – European Labour Law Journal 2016/7, No 43.
22. Mars, S. de. The limits of general principles: a procurement case study. – European Law Review, 2013/ 38, No 3.
23. Martens, M., de Margerie, S. The Link to the Subject-Matter of the Contract in Green and Social Procurement. – European Procurement and Private Public Partnership Law Review 2013/8, No 1.
24. Matteus, K. Põhjendamatult madala maksumusega pakkumus. Kohtupraktika analüüs. – Juridica 2016/1.
25. McCrudden, C. Buying Social Justice. New York: Oxford University Press 2007.
26. Minumets, D., Kulm, P. Riigihangete õigus. Tallinn: Juura 2014.
27. OECD. Public procurement review of the State's Employees' Social Security and Social Services Institute in Mexico. OECD Public Governance Reviews. OECD Publishing 2013.
28. Ojasalu, T. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus. Konkurentsi tagamise põhimõte. – Juridica 2007/8.
29. O'Leary, S. Employment Law and the European Court of Justice. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2002.
30. Pecinovsky, P. Evolutions in the social case law of the Court of Justice: the follow-up cases of the Laval quartet: ESA and RegioPost. – European Labour Law Journal 2016/7, No 2.

31. Semple, A. A Practical Guide to Public Procurement. Oxford: Oxford University Press 2015.
32. Simovart, M. A. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Tartu: Tartu Ülikooli kirjastus 2010.
33. Simovart, M. A. Riigihanke sekundaarsete eesmärkide rakendamise võimalusest Eestis. Soolise võrdõiguslikkuse näide. – Juridica 2009/3.
34. Simovart, M. A. Riigihanke üldpõhimõtetest tulenevad hankelepingu sisupiirangud. Näiteid vaidlustuskomisjoni praktikast. – Juridica 2012/2.
35. Sundstrand, A. Social Procurement in Sweden. Loengumaterjal. 2017. Autori valduses.
36. Trepte, P. Public Procurement in the EU : A Practitioner's Guide. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press 2007.
37. Väljaots, T. Põhjendamatult madalad pakkumused riigihankeõiguses. – Juridica 2013/9.

Kasutatud õigusaktid

38. Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioonid. – ELT C 326, lk 1-390.
39. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL, 26. veebruar 2014, kontsessioonilepingute sõlmimise kohta. – ELT L 94, lk 1-64.
40. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. – ELT L 94, lk 65-242.
41. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, 26. veebruar 2014, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ. – ELT L 94, lk 243-374.
42. Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 96/71/EÜ, 16. detsember 1996, töötajate lähetamise kohta seoses teenuste osutamisega. – ELT L 18, lk 1-6.
43. Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/67/EL, 15. mai 2014, mis käsitleb direktiivi 96/71/EÜ (töötajate lähetamise kohta seoses teenuste osutamisega) jõustamist ning millega muudetakse määrust (EL) nr 1024/2012, mis käsitleb siseturu infosüsteemi kaudu tehtavat halduskoostööd („IMI määrus”). – ELT L159, lk 11-31.

44. Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ, 31. märts 2004, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused. – ELT L 134, lk 1-113.
45. Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märts 2004, ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. – ELT L 134, lk 114-240.
46. Riigihangete seadus. – RT I, 25.10.2016, 20.
47. Eestisse lähetatud töötajate töötingimuste seadus. – RT I, 07.12.2016, 2.
48. Vabariigi Valituse määrus nr 139, 18.12.2015, “Töötasu alammäära kehtestamine” – RT I, 22.12.2015, 51.
49. Kollektiivlepingu seadus. – RT I, 29.03.2012, 12.
50. Töölepingu seadus. – RT I, 07.12.2016, 12.
51. Lag (2016:1145) om offentlig upphandling. – <https://lagen.nu/2016:1145#K17>.

Kasutatud kohtupraktika

Euroopa Kohtu lahendid

52. EKo 05.02.1963, C-26/62, *van Gend en Loos*.
53. EKo 20.09.1988, C-31/87, *Beentjes vs. Madalmaad*
54. EKo 26.09.2000, C-225/98, *komisjon vs. Prantsusmaa*.
55. Eko 24.01.2002, C-164/99, *Portugaia Construções*.
56. EKo 27.11.2001, C-285/99 *Impresa Lombardini*.
57. EKo 17.09.2002, C-513/99, *Concordia Bus*.
58. EKo, 4.12.2001, C-448/01, *EVN ja Wienstrom*.
59. EKo 11.12.2007, C-438/05, *Viking Line*
60. EKo 3.04.2008, C-346/06, *Rüffert*.
61. EÜKo 19.03.2010, T-50/05, *Evropaiki Dynamiki vs komisjon*.
62. EÜKo 16.09.2013, T-402/06, *Hispaania vs. komisjon*.
63. EKo 10.05.2012, C-368/10, *komisjon vs. Madalmaad*.
64. EKo 29.03.2012, C-599/10, *SAG ELV Slovensko jt*.
65. EÜKo 5.11.2014, T-422/11, *Computer Resources International (Luxembourg) vs. komisjon*.
66. EKo 18.09.2014, C-549/13, *Bundesdruckerei*.
67. EKo 17.11.2015, C-115/14, *RegioPost*.

Siseriiklik kohtupraktika

- 68. RKHKo 22.02.2012, 3-3-1-2-12.
- 69. TlnRKO, 25.02.2012, 3-12-326.
- 70. TrtRnKo 16.05.2012, 3-12-351.
- 71. RKHKo 03.12.2015, 3-3-1-50-15.
- 72. TlnHKO 15.07.2016, 3-16-1158.
- 73. TlnRnKo 12.05.2016, 3-16-139.
- 74. TlnHKO 26.07.2016, 3-16-1262.
- 75. TlnRnKo 12.08.2016; 3-16-839.
- 76. TlnRnKo 18.11.2016, 3-16-1970.

Muud allikad

- 77. Arrowsmith, S. (Ed). EU Public Procurement Law: an Introduction. 2010. Arvutivõrgus:
<https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf> (01.05.2017).
- 78. CEPS. The Uptake of Green Public Procurement in the EU 27. Arvutivõrgus:
<http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/CEPS-CoE-GPP%20MAIN%20REPORT.pdf> (01.05.2017).
- 79. European Economic and Social Committee. Opinion on the “Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – Strategy for the Sustainable Competitiveness of the Construction Sector and its Enterprises”. COM (2012) 433. Arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012AE2295&from=SK> (01.05.2017).
- 80. Euroopa Komisjon. Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv riigihangete kohta. KOM(2011) 896. Arvutivõrgus:
[http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2011\)0896_/com_com\(2011\)0896_et.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2011)0896_/com_com(2011)0896_et.pdf) (01.05.2017).
- 81. Euroopa Komisjon. Komisjoni teatis nõukogule, Euroopa Parlamendile, Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele ning Regioonide Komiteele. Keskkonnahoidlikud riigihanked. KOM (2008) 400. Arvutivõrgus:

- <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=ET&t=PDF&gc=true&sc=false&f=ST%2012041%202008%20INIT> (01.05.2017).
82. European Commission. Buying Social – A Guide to taking Account of Social Considerations in Public Procurement. 2011. Arvutivõrgus: <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6457&langId=en> (01.05.2017).
83. European Commission. Communication from the Commission. EUROPE 2020. A strategy for smart, sustainable and inclusive growth. COM(2010) 2020. Arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC2020&from=en> (01.05.2017).
84. European Commission. GREEN PAPER on the modernisation of EU public procurement policy. Towards a more efficient European Procurement Market. COM(2011) 15. Arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0015&from=EN> (01.05.2017).
85. European Commission. Study on “Strategic use of public procurement in promoting green, social and innovation policies” Final Report. Arvutivõrgus: <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/17261> (01.05.2017).
86. European Commission. The EU Single Market. Single Market Scoreboard (seisuga juuli 2016). Arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/#maincontentSec3 (01.05.2017).
87. Karindi-Kask, E. Hankelepingu sõlmimine majanduslikult kõige soodsamatel tingimustel. Rahandusministeeriumi analüüs. Arvutivõrgus: https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216053&folderId=134422&name=DLFE-24601.pdf (01.05.2017).
88. OECD. Integrity in Public Procurement: Good Practice from A to Z. Arvutivõrgus – <http://www.oecd.org/development/effectiveness/38588964.pdf> (01.05.2017).
89. OÜ Alkranel. Keskkonnahoidlike riigihangete analüüs 2015. Lõpp-raport. Arvutivõrgus: http://www.envir.ee/sites/default/files/khrh_analuusiraport.pdf (01.05.2017).
90. Rahandusministeerium. Riigihangete juhised. Tallinn 2014. Arvutivõrgus: https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=15617&folderId=431009&name=DLFE-32501.pdf (01.05.2017).
91. Rahandusministeerium. Riigihankemaastiku kokkuvõte 2015. September 2016. Arvutivõrgus:

- https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_1_id=216043&folderId=518320&name=DLFE-36902.pdf (01.05.2017).
92. Lätt, P. Fels, E. Rahandusministeeriumi tellitud analüüs. Keskmise palga nõue riigihangetes. 23.11.2016. Arvutivõrgus: https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?uuid=a97daa44-2ec4-4a8a-897f-2109c0259707&groupId=11726 (01.05.2017)
93. Rahandusministeerium. Rahandusministeeriumi käitumisjuhised riigihangete direktiivide otsekohaldatavuse kohta. Arvutivõrgus: https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_1_id=523679&folderId=526290&name=DLFE-36204.pdf (01.05.2017).
94. Rahandusministeerium. 2016. aasta riigihangete kokkuvõte. Arvutivõrgus: https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_1_id=216043&folderId=518320&name=DLFE-38701.pdf (01.05.2017).
95. Riigihangete seaduse eelnõu 204 SE ja seletuskiri. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ecbd5b61-734c-41b1-bff5-a54f285bce53/Riigihangete%20seadus> (01.05.2017).
96. Thorsten et al. Pay and other Social Clauses in European Public Procurement. Düsseldorf 2012. Arvutivõrgus: https://www.boeckler.de/pdf/wsi_schulten_pay_and_other_social_clauses.pdf. (01.05.2017)
97. Statutory minimum wages in the EU 2017. Arvutivõrgus: <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/articles/statutory-minimum-wages-in-the-eu-2017> (01.05.2017).
98. The Swedish Trade Union Confederation.. The Collective Agreement. Arvutivõrgus: http://www.lo.se/english/the_collective_agreement (01.05.2017).
99. Tervishoiuvaldkonna kollektiivleping. Arvutivõrgus: https://arstideliit.ee/wp-content/uploads/2017/04/Tervishoiuvaldkonna_kollektiivleping_25_1.pdf (01.05.2017).
100. Sundstrand, A. Kollektivavtal och kollektivavtalsvillkor i offentlig upphandling. UPPDRAGSFORSKNINGSRAPPORT 2015:2. Arvutivõrgus: http://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/uppdraagsforskning/forsk_rap_2015-2.pdf (01.05.2017).

101. European Commission. National GPP Action Plans (policies and guidelines).

Arvutivõrgus:

http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/national_gpp_strategies_en.pdf (01.05.2017)

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Rety Estorn,

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose

„Palgatingimused sotsiaalse horisontaalse eesmärgina riigihankemenetluses ja hankelepingu eritingimustes“,

mille juhendaja on dr.iur. Mari Ann Simovart,

1.1. reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;

1.2. üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.

2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.

3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tallinnas, **2. mail 2017**